



Centro Universitário de Brasília - UniCEUB
Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais
Curso de Bacharelado em Direito

CRISTIANO DA CUNHA DUARTE

**LICITAÇÕES INTERNACIONAIS E NO EXTERIOR: CAUSAS E EFEITOS DA LACUNA
NORMATIVA**

BRASÍLIA

2019

CRISTIANO DA CUNHA DUARTE

**LICITAÇÕES INTERNACIONAIS E NO EXTERIOR: CAUSAS E EFEITOS
DA LACUNA NORMATIVA**

Monografia apresentada como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito pela Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais - FAJS do Centro Universitário de Brasília (UniCEUB).

Orientadora: Prof^a. Dra. Karla Margarida Martins Santos

Brasília

2019

CRISTIANO DA CUNHA DUARTE

**LICITAÇÕES INTERNACIONAIS E NO EXTERIOR: CAUSAS E EFEITOS
DA LACUNA NORMATIVA**

Monografia apresentada como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito pela Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais - FAJS do Centro Universitário de Brasília (UniCEUB).

Orientadora: Prof^a. Dra. Karla Margarida Martins Santos

BRASÍLIA, ____ DE _____ DE 2019.

BANCA AVALIADORA

Karla Margarida Martins Santos

Professora Orientadora

Professor Avaliador

*“Aprendendo a andar novamente...
Eu acredito que já esperei o suficiente
Por onde começo?”
(Foo Fighters)*

*“Seja a mudança
que você quer ver no mundo.”
(Mahatma Gandhi)*

AGRADECIMENTOS

A Deus por me permitir alcançar mais um objetivo de vida, a graduação no curso de Direito e a aprovação no exame da Ordem.

Aos meus filhos, Ana Carolina e Felipe, por me ensinarem o que é amor incondicional.

Aos meus pais, Lery e Ivaldira, pelo apoio, amor, ensinamentos e abnegação.

Ao meus irmãos, Alysson, Tatiana e Leandro, pelo companheirismo.

À minha namorada Júlia, pelo carinho e compreensão.

Aos meus amigos, Carlos, Valéria, Cristiane e Ricardo, por manterem viva nossa amizade apesar das muitas e prolongadas ausências.

À minha orientadora, Professora Karla, por toda paciência e disponibilidade na orientação deste trabalho.

Aos meus queridos professores do UniCEUB, Anna Luiza de Castro Gianasi, Débora Soares Guimarães, Martin Adamec, Frederico Augusto Babosa da Silva, Alessandra de La Vega Miranda e Luis Antonio Winckler Annes, por todo conhecimento repassado por meio de uma didática notória, que despertaram, em nós alunos, a inspiração e motivação durante a jornada.

Ao meus chefes e colegas do Centro Gestor e Operacional do Sistema de Proteção da Amazônia e da Polícia Federal, pelo companheirismo, confiança e paciência.

RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo compreender a licitação internacional, realizada no Brasil ou no exterior, incluindo sua utilização e os esforços atuais para sua regulamentação. Apesar da previsão na Lei 8.666, de 21 de julho de 1993, as licitações internacionais ainda são pouco utilizadas no Brasil, limitando-se a poucos órgãos e entidades. Além da barreira normativa, existem outras barreiras que atrapalham a adoção do instituto por parte dos órgãos e entidades no Brasil, como o próprio idioma, a escassez de doutrina e de orientações. Quanto às licitações no exterior, pouco se conhece das mesmas, resumindo-se a um artigo na Lei de Licitações, que nunca foi devidamente regulamentado, existindo apenas normas internas à cada instituição que tem representações no exterior, carecendo de padronização e publicidade mais amplos. Em primeiro lugar, será analisado o instituto da licitação, no âmbito nacional, internacional e no exterior, por meio de seus conceitos, características e princípios, e as interfaces entre o Direito interno e o internacional. Após, será analisada a baixa adesão que o instituto da licitação internacional possui na Administração Pública e a lacuna normativa existente em relação às licitações no exterior e como essa ausência de regulamentação tem impactado o instituto e as instituições brasileiras que possuem repartições no exterior. Por fim, serão estudados os atuais esforços de normatização: o novo estatuto de licitações e contratos, a regulamentação das licitações no exterior e os acordos de compras governamentais, incluindo o Acordo de Compras Governamentais da Organização Mundial do Comércio e os acordos de compras governamentais do Mercosul.

Palavras-chave: Direito Administrativo. Licitações. Licitações Internacionais. Licitações no Exterior. Administração Pública.

ABSTRACT

The objective of this study is to understand the international tender, performed in Brazil or abroad, including its use and current efforts towards its regulation. Despite the provision in Law 8.666 of July 21, 1993, international tenders are still less widely used in Brazil, being limited to a few agencies and entities. In addition to the normative barrier, there are other barriers that hinder the adoption of the institute by agencies and entities in Brazil, such as the language itself, the lack of doctrine and guidelines. As for bids abroad, little is known about them, summing up to an article in the Bidding Law, which has never been properly regulated, and internal rules to each institution that has representations abroad, requiring broader standardization and publicity. Firstly, the tender institute, at national, international and abroad levels, will be analyzed, through its concepts, characteristics, and principles, and the interfaces between domestic and international law. Afterwards, it will be analyzed the low adhesion that the international tender has in the Public Administration and the normative gap regarding the tenders abroad and how this lack of regulation has impacted the institute and the Brazilian institutions that have offices abroad. Finally, the current normative efforts will be studied: the new statute of tenders and contracts, the regulation of tenders abroad and the government procurement agreements, including the World Trade Organization's Government Procurement Agreement and the government procurement agreements of Mercosul.

Keywords: Administrative Law. Tenders. International Tenders. Tenders Abroad. Public Administration.

LISTA DE TABELAS

Tabela 1 - Número, valor e proporções de compras provenientes de concorrências promovidas pela Administração Pública Federal, segundo âmbito de concorrência - 2013-2018.....	11
Tabela 2 - Número de artigos, linhas, palavras e caracteres, e proporção, nos textos do Decreto-Lei nº 2.300/86 (republicado em Julho/87) e das edições de 1993 e atual da Lei nº 8.666/93.....	15
Tabela 3 - Número, valor e proporção de licitações promovidas pela Administração Pública Federal, segundo a modalidade de licitação - 2014-2018.....	24
Tabela 4 - Quantidade de licitações da Administração Pública Federal por modalidade, abrangência e forma - 1999-2018.....	25
Tabela 5 - Número e valor de concorrências internacionais no Brasil, promovidas pela Administração Pública Federal, segundo órgão licitante - 2014-2018.....	40
Tabela 6 - Número e valor de contratos resultantes das Licitações Internacionais no Brasil, promovidas pela Administração Pública Federal, segundo órgão licitante - 2014-2018.....	41
Tabela 7 - Número, valor e proporção de contratos decorrentes das licitações internacionais promovidas pela Administração Pública Federal, segundo nacionalidade das empresas contratadas - 2014-2018.....	43
Tabela 8 - Número, valor e proporção dos contratos resultantes das Licitações Internacionais no Brasil, promovidas pela Administração Pública Federal, segundo o tipo do objeto - 2014- 2018.....	43
Tabela 9 - Quantidade de livros sobre Direito Administrativo, licitações e licitações internacionais.....	45
Tabela 10 - Quantidade de jurisprudência federal existente sobre licitações internacionais.....	45
Tabela 11 - Jurisprudência do TCU acerca da não regulamentação do art. 123 da Lei de Licitações.....	48
Tabela 12 - Comparação entre a Lei nº 8.666/93 e a SSG ao PL 1.292/1995 quanto ao tema licitações internacionais e no exterior.....	51

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	10
2 A LICITAÇÃO INTERNACIONAL.....	13
2.1 O instituto da licitação.....	13
2.1.1 Princípios básicos das licitações.....	17
2.1.2 Modalidades de licitação.....	20
2.1.3 Abrangência da licitação.....	27
2.2 A licitação internacional realizada no Brasil.....	28
2.2.1 Interfaces entre o Direito Interno e o Direito Internacional.....	28
2.2.2 Características da licitação Internacional.....	29
2.3 A licitação internacional realizada no exterior.....	37
3 ADESÃO E LACUNA NORMATIVA NAS LICITAÇÕES INTERNACIONAIS.....	40
3.1.1 Adesão ao instituto da licitação internacional.....	40
3.1.2 A lacuna normativa nas licitações no exterior e suas consequências.....	46
4 OS ESFORÇOS ATUAIS DE NORMATIZAÇÃO.....	49
4.1 Um novo estatuto de licitações.....	50
4.2 A regulamentação das licitações no exterior.....	54
4.3 Acordos internacionais de compras governamentais.....	56
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	61
REFERÊNCIAS.....	64

1 INTRODUÇÃO

Licitação é um procedimento preparatório para a contratação pela Administração, no qual é realizada a seleção da proposta mais vantajosa dentre as propostas oferecidas pelas licitantes interessadas. Ocorre que, para alguns objetos e em algumas condições, a quantidade de licitantes pode ser muito pequena, como pode não despertar o interesse das empresas ou mesmo não existirem empresas no país que possam participar do certame. Nessas e em outras situações há possibilidade de realização de licitação internacional.

A Lei nº 8.666, de 21 de julho de 1993, conhecida como a Lei de Licitações ou o Estatuto de Licitações, consolidou e instituiu as normas para licitações e contratos da Administração Pública. Em relação às licitações, além de estabelecer suas modalidades (concorrência, tomada de preços, convite, concurso, leilão e, por meio da Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002, incluída no ordenamento jurídico a modalidade de pregão), a Lei de Licitações estabeleceu três abrangências para sua realização: nacional, internacional e no exterior (BRASIL, 1993).

A licitação em âmbito nacional, com participação exclusiva de empresas em funcionamento no Brasil, quer brasileiras, quer estrangeiras devidamente autorizadas, é amplamente coberta pela Lei de Licitações, pela doutrina e por regulamentações e orientações pátrias. No entanto, em relação às licitações internacionais realizadas no Brasil, a Lei de Licitações apresenta muito menor detalhamento e a doutrina, regulamentações e orientações são escassas. (BITTENCOURT, 2017).

Um pior cenário é reservado para as licitações internacionais realizadas no exterior, pois conforme BITTENCOURT (2017), a ela a Lei de Licitações reserva apenas um único artigo, que nunca foi regulamentado, e sobre o qual encontram-se apenas superficiais doutrina e orientações quanto a sua realização. Assim, revela BRASIL (2017a) que são reiteradas as denúncias que envolvem licitações no exterior, e que acabam por promover suspensões e recomendações pelo Tribunal de Contas da União.

Consulta ao portal de compras do Governo Federal revela uma baixa adesão ao instituto da licitação internacional no Brasil e a ausência de qualquer registro sobre licitação no exterior, como pode ser observado na Tabela 1.

Tabela 1 - Número, valor e proporções de compras provenientes de concorrências promovidas pela Administração Pública Federal, segundo âmbito de concorrência - 2013-2018.

Âmbito da Concorrência	N	% total	Valor da Compra (R\$)	% total
Nacional	3.241	95,44%	15.467.181.332,79	98,54%
Internacional	155	4,56%	228.991.173,94	1,46%
Total	3.396	100,00%	15.696.172.506,73	100,00%

Fonte: (MINISTÉRIO DA ECONOMIA, 2019a)

Para enfrentar esses problemas, esforços estão sendo dispendidos em um novo Estatuto de Licitações, que substituirá a Lei nº 8.666/93, bem como na regulamentação das licitações internacionais e no exterior, destacando-se, nesse processo, o polêmico Acordo para Compras Governamentais (do inglês GPA), da Organização Mundial do Comércio, ao qual o Brasil ainda não é signatário.

O tema licitações internacionais e no exterior foi selecionado pela verificação, durante a contratação da infraestrutura do Projeto Amazônia-SAR¹, da dificuldade prática em se instruir um processo e realizar uma licitação internacional², no Brasil e no exterior, diante da escassa doutrina, jurisprudência e normas. A relevância científico-acadêmica do tema é justificada diante dos diversos movimentos políticos de abertura do mercado brasileiro para participação de empresas estrangeiras, em igualdade de condições com as empresas brasileiras,

1 O Projeto Amazônia-SAR visa prover o Estado Brasileiro de um sistema de recepção, processamento, análise e alerta baseado em imagens de satélites radar (Sistema SipamSAR), permitindo monitorar o desmatamento ilegal e outros ilícitos na região Amazônica em qualquer horário do dia e da noite, mesmo na presença de chuvas. O projeto de R\$ 80 milhões foi aprovado pelo BNDES, sendo quase R\$ 64 milhões de doação do Fundo Amazônia. Mais informações sobre o projeto Amazônia-SAR podem ser obtidas em <http://www.sipam.gov.br/sensoriamento-remoto/projeto-amazonia-sar-r-80-5-milhoes-contra-o-desmatamento-ilegal>.

2 O processo de contratação da infraestrutura do Projeto Amazônia-SAR iniciou com uma concorrência nacional por técnica e preço, sendo alterada para concorrência internacional e, por fim, para licitação no exterior, conduzida pela Comissão Aeronáutica Brasileira em Washington (CABW) e assessorada diretamente pelo autor. As mudanças no âmbito da licitação, percorrendo os três âmbitos possíveis, em um período de cerca de um ano, demandaram pesquisa jurídica (legislação, doutrina e jurisprudência) que pudesse embasar os atos e procedimentos, com diálogo contínuo com a Consultoria Jurídica do Ministério da Defesa e Consultoria Jurídica Adjunta do Comando da Aeronáutica, permitindo ao autor perceber a dificuldade e a complexidade em se realizar uma licitação internacional no Brasil e uma licitação no exterior.

incluindo participação em licitações governamentais, o que ressalta a importância do instituto da licitação internacional, principalmente diante de e para compras de maior complexidade tecnológica, e a necessidade de compreensão dos fatores que podem influenciar sua utilização.

O objetivo geral desta pesquisa consiste em buscar uma melhor compreensão da licitação internacional, realizada no Brasil ou no exterior, incluindo sua utilização e os esforços atuais para sua regulamentação. Em termos de objetivos específicos, busca-se: compreender a licitação internacional e seus princípios; verificar as normas que regulam as licitações internacionais; quantificar como a licitação internacional tem sido utilizada em comparação com outras modalidades de licitação; identificar os fatores que promovem a baixa adesão às licitações internacionais; e verificar as propostas de legislação e regulamentação afetas às licitações internacionais, incluindo acordos internacionais de compras governamentais.

O tema abordado será apresentado da seguinte forma: no primeiro capítulo, será analisado o instituto da licitação, no âmbito nacional, internacional e no exterior, por meio de seus conceitos, características e princípios, e as interfaces entre o Direito interno e o internacional; no segundo capítulo, será analisada a baixa adesão que o instituto da licitação internacional possui na Administração Pública e a lacuna normativa existente em relação às licitações no exterior e como essa ausência de regulamentação tem impactado o instituto e as instituições brasileiras que possuem repartições no exterior; por fim, serão estudados os atuais esforços de normatização: o novo estatuto de licitações e contratos e a regulamentação das licitações internacionais, incluindo a possibilidade de adesão do Brasil ao GPA e outros acordos internacionais de compras governamentais.

A pesquisa desenvolvida neste trabalho é do tipo instrumental³ com objetivo geral misto⁴. As técnicas utilizadas de coletas de dados foram a pesquisa

3 A pesquisa instrumental capta o objeto da Ciência do Direito como um instrumento para a resolução de problemas práticos, tendo como principal objetivo a racionalização das técnicas jurídicas e o aperfeiçoamento dos textos normativos (MONTEIRO, 2001).

4 A pesquisa de objetivo geral misto reúne características da pesquisa descritiva e da pesquisa explicativa. O propósito das pesquisas descritivas é a descrição das características de determinada população ou fenômeno ou a identificação de possíveis relações entre variáveis, enquanto o propósito das pesquisas explicativas é de identificar fatores que determinam ou contribuem para a ocorrência de fenômenos (GIL, 2018).

bibliográfica e a pesquisa documental, sendo o objetivo geral descritivo da pesquisa mais calcado na pesquisa instrumental doutrinária, com técnica de pesquisa bibliográfica, e o objetivo geral explicativo da pesquisa mais calcado na pesquisa instrumental legal e jurisprudencial, com técnica de pesquisa documental. Inicialmente, a técnica de pesquisa bibliográfica foi direcionada para a conceituação da licitação e seus institutos, bem como do uso das modalidades de licitação. Em uma abordagem quantitativa, procedimentos estatísticos sobre dados obtidos de portais do Governo Federal, como da API de Compras Governamentais⁵ e o Painel de Compras do Governo Federal⁶, utilizando-se técnica de pesquisa documental, foram utilizados para quantificar e conjugar hipóteses e, por método indutivo, levar à compreensão do problema e suas causas. A revisão bibliográfica em temas comuns de Licitações, colheu os ensinamentos de notáveis do Direito Administrativo. No entanto, no contexto das Licitações Internacionais, além da escassa doutrina, o conhecimento também foi buscado na jurisprudência e em artigos e monografias.

2 A LICITAÇÃO INTERNACIONAL

Para permitir a compreensão da licitação internacional e da licitação no exterior, antes devem ser compreendidos o instituto da licitação em si, incluindo sua definição, abrangência e princípios, pois são o fundamento para construção dos institutos objeto deste estudo.

2.1 O instituto da licitação

A Constituição e o Código Civil concedem, aos particulares, ampla liberdade para adquirir, alienar e locar bens, assim como contratar prestação de serviços. Em sentido contrário, à Administração é imposto que, para fazer o mesmo, terá que seguir procedimento preliminar, rigorosamente estabelecido na forma da lei. A esse procedimento, dá-se o nome de licitação (BANDEIRA DE MELLO, 2009).

5 A API de Compras Governamentais é um portal para uso computacional, pois os dados são apresentados de maneira bruta e necessitam ser trabalhados em planilhas, banco de dados, e softwares processadores para que deles possa se obter gráficos, tabelas ou outros elementos não textuais. O presente trabalho limitou-se à extração de dados de licitações desde 1999 a 2019, carga e processamento em banco de dados e exportação em planilha para elaboração de gráficos para visualização dos resultados. A lista de licitações, utilizada neste trabalho, está disponível em: <http://compras.dados.gov.br/licitacoes/v1/licitacoes.html>.

6 O Painel de Compras do Governo Federal é um portal de análise de dados de compras governamentais (federais e algumas compras estaduais) muito poderoso, permitindo realizar diversas operações de análise de licitações e contratos desde 2014. Está disponível em: <http://painelcompras.planejamento.gov.br>.

A licitação é um procedimento administrativo preparatório para a contratação, sendo o antecedente necessário do contrato administrativo e este o conseqüente lógico da licitação, tendo como finalidade a seleção da proposta mais vantajosa para a Administração (MEIRELLES, 2016).

Portanto, a licitação é um certame que a Administração está obrigada a promover e no qual abre disputa entre os interessados em estabelecer, com ela, relação jurídica patrimonial, com a finalidade de obter a proposta mais vantajosa, baseando-se na ideia de competição, a ser conduzida de forma isonômica entre aqueles que preencherem os requisitos para o bom cumprimento das obrigações que pretendem assumir (BANDEIRA DE MELLO, 2009).

É importante ressaltar que a licitação será imposta, independentemente de expressa previsão legal, em todos os casos em que terceiros possam desfrutar de situação jurídica especial a que mais de um possa concorrer, devendo essa interpretação aos princípios da igualdade e da impessoalidade aos quais a Administração está constitucionalmente vinculada (BANDEIRA DE MELLO, 2009).

A primeira legislação pátria acerca do tema foi o Código de Contabilidade Pública da União, de 1922, e seu respectivo regulamento. No entanto, conforme Bittencourt (2011), o termo “licitações” foi introduzido no Direito apenas em 1964, com o advento da Lei nº 4.401/64, passando a significar procedimento administrativo prévio à contratação pública, substituindo o termo até então utilizado para o mesmo significado: a concorrência pública (BITTENCOURT, 2017).

Com a reforma administrativa de 1967, por meio do Decreto-Lei nº 200/67, o procedimento licitatório foi melhor disciplinado. No entanto, apenas com o Decreto-Lei nº 2.300/86, autodenominado “Estatuto das Licitações e Contratos Administrativos”, foi tratado especificamente e mais a fundo o assunto. Diversos juristas administrativistas, como Sebastião Afonso, Hely Lopes Meireles e Sidney Bittencourt, colaboraram com a redação deste Decreto-Lei, que buscou com o título de “estatuto” dar sentido de “código”, ou seja, buscava apresentar um conjunto completo de normas sobre o tema em um único diploma (BITTENCOURT, 2011).

O Decreto-Lei nº 2.300/86 foi recepcionado pela Constituição Federal de 1988, porém, sob falsa concepção de que não combatia a corrupção que assolava o país, foi editada a Lei nº 8.666/93 (BITTENCOURT, 2011).

Assim, a Lei 8.666/93 foi fruto de uma busca por controle da Administração e combate à corrupção nas licitações e contratações públicas, porém apresenta um nível de detalhamento incompatível com o estabelecimento de normas gerais, competência constitucional outorgada no art. 22, inciso XXVII, da Constituição, o que é entendido por parte da doutrina como inconstitucional, principalmente porque limitou a competência supletiva dos Estados, Distrito Federal e Municípios em regulamentar o disposto no art. 37, inciso XXI, da Constituição (BITTENCOURT, 2017).

Esse nível de detalhamento pode ser evidenciado ao verificar que a Lei se materializou em 126 artigos, cerca de 39% mais artigos e 80% mais palavras que o Estatuto por ela revogado, conforme dados de comparação textual apresentados na Tabela 2.

Tabela 2 - Número de artigos, linhas, palavras e caracteres, e proporção, nos textos do Decreto-Lei nº 2.300/86 (replicado em Julho/87) e das edições de 1993 e atual da Lei nº 8.666/93.

Norma	Artigos	Linhas	Palavras	Caracteres
1. Decreto-Lei nº 2.300/86 ⁷	90	494	10.295	69.311
2. Lei nº 8.666/93 (1993) ⁸	125	741	18.508	124.984
3. Lei nº 8.666/93 (atual) ⁹	126	852	22.673	152.175
Proporção de “1” para “2”	38,9%	50,0%	79,8%	80,3%
Proporção de “1” para “3”	40,0%	72,5%	120,2%	119,6%
Proporção de “2” para “3”	0,8%	15,0%	22,5%	21,8%

Fonte: Próprio autor¹⁰.

7 Texto do Decreto-Lei nº 2.300/86 obtido em <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1980-1987/decreto-lei-2300-21-novembro-1986-365211-republicacao-16268-pe.html>.

8 Texto da Lei nº 8.666/93 (publicação original) obtido em <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1993/lei-8666-21-junho-1993-322221-publicacaooriginal-1-pl.html>.

9 Documento contendo o texto da Lei nº 8.666/93 (atualizada até 5 ago. 2019) obtido em <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1993/lei-8666-21-junho-1993-322221-normaatualizada-pl.doc>.

10 Os dados foram obtidos a partir do uso de ferramentas de processamento de textos (LibreOffice, kwrite, xmlstarlet e wc) sobre os textos das normas obtidos do portal da Câmara dos Deputados, realizando, nessa ordem, remoção da epígrafe, ementa, preâmbulo, fecho, assinatura e referenda, remoção de eventuais cabeçalhos e rodapés, remoção de linhas e espaços vazios, remoção de notas, comentários, anotações e links, sendo, em seguida, realizada a contagem de linhas, palavras e caracteres.

Em relação à abrangência do Estatuto, é importante frisar que o art. 1º da Lei 8.666/93 menciona “contratos administrativos”, demonstrando a preocupação do legislador no sentido de que a Lei seja aplicada a todo e qualquer contrato administrativo, tanto aqueles sob regime de direito privado quanto aqueles sob regime de direito público. A Lei abrange qualquer modalidade de contratação em que a Administração figure em um dos polos, ou mesmo nos dois polos, quando houver a contratação de outro ente federativo ou mesmo de entidades que compõem a administração indireta. A palavra “particulares” contida no parágrafo único do art. 2º da Lei nº 8.666/93 deve ser interpretada como “terceiros”, nos termos do *caput* do art. 2º da mesma Lei (BITTENCOURT, 2017).

O elenco dos negócios jurídicos abarcados pela Lei nº 8.666/93 também está definido em seus arts. 1º e 2º: obras, serviços, compras, alienações, concessões, permissões e locações (BITTENCOURT, 2017).

Ainda na definição de sua abrangência, é digno de nota que a Lei tem amplo âmbito e vincula os Poderes da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, não esgotando-se apenas na esfera do Executivo, ao contrário do Decreto-Lei nº 2.300/86, que limitava-se à Administração direta e autarquias, determinando para a Administração indireta que seguisse os princípios estabelecidos na referida norma (BITTENCOURT, 2017).

Na definição da subordinação à Lei 8.666/93, o parágrafo único do art. 1º estabelece de forma inequívoca que ao seu regime estão subordinados “além dos órgãos da administração direta, os fundos especiais, as autarquias, as fundações públicas, as empresas públicas, as sociedades de economia mista e demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios” (BRASIL, 1993), uma vez que o estatuto anterior mencionava apenas os órgãos da administração direta e as autarquias, determinando que a administração indireta observasse apenas os princípios licitatórios, chegando a disciplinar que os regulamentos próprios desses órgãos estabeleceriam procedimentos simplificados (BITTENCOURT, 2017).

Em relação ao objeto da licitação, esse é a obra, serviço, compra, alienação, concessão, permissão e locação que será contratada com o particular. Assim, a

finalidade principal da licitação é a obtenção de seu objeto, que deve ser convenientemente e suficientemente definido (MEIRELLES, 2016).

2.1.1 Princípios básicos das licitações

O Direito Administrativo, em especial quando de trata de licitações, possui princípios próprios definidos na Constituição Federal e em normas infraconstitucionais. A compreensão desses princípios é essencial para o entendimento do processamento das licitações e, principalmente, das licitações internacionais.

Antes, no entanto, é preciso esclarecer o conceito de princípio e a extensão e profundidade que alcança no Direito. Nesse sentido, ressalta-se que tanto as regras quanto os princípios são normas, pois ambos podem exprimir dever, permissão e proibição, sendo razões para juízos concretos de dever-ser, ainda que de espécies diferentes (ALEXY, 2006).

Apesar da forma tradicional, mais simples e mais difundida de diferenciação entre regras e princípios, a generalização, essa não é a forma que apresenta a face real dos princípios, devendo esses serem entendidos como normas que determinam a realização de algo na maior medida possível, dentro dos limites jurídicos e fáticos existentes, enquanto as regras são normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas (ALEXY, 2006).

A partir dessa premissa, pode-se concluir que princípios podem ser satisfeitos em graus variados, pois a medida devida de sua satisfação depende das possibilidades fáticas e jurídicas. Princípios são, portanto, mandamentos de otimização, e a diferença desses para as regras é, portanto, qualitativa, não existindo apenas uma diferença gradual (ALEXY, 2006).

Esse conceito de princípio, longe de afastar, reforça o entendimento de Bandeira de Mello (2009, p. 53), que princípio é um mandamento nuclear de um sistema, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas, compondo-lhes o espírito e servindo de critério para exata compreensão e inteligência delas. Por esse motivo, violar um princípio é pior que transgredir uma regra, pois implica em uma ofensa a todo um sistema de comandos.

Tendo sido compreendida a diferenciação entre regras e princípios, necessário se faz entender o que ocorre nos conflitos entre regras e na colisão entre princípios. Primeiramente, a utilização de substantivos diferentes (conflito e colisão) não é por acaso, pois impõem abordagens distintas.

No caso do conflito entre regras, a solução poderá ser incluir uma cláusula de exceção em uma das regras, o que permitiria a validade de ambas, ou, caso não seja possível a inclusão da cláusula de exceção, declarar uma das regras como inválida. Não existe, portanto, outra forma de solucionar conflito de regras, pois o conceito de validade jurídica não é graduável, não sendo possível que dois juízos concretos de dever-ser contraditórios entre si sejam válidos. (ALEXY, 2006).

No caso de colisão entre princípios, a solução é completamente diversa. Nesses casos, um dos princípios terá que ceder diante do caso concreto, sem que isso implique que o outro princípio deva ser declarado como inválido. Isso acontece porque diante do caso concreto, um dos princípios tem precedência sobre o outro, sendo que diante de outras condições, em outro caso concreto, a precedência poderá ser resolvida de forma oposta (ALEXY, 2006).

Assim, conflito entre regras ocorrem na dimensão da validade, enquanto colisão entre princípios ocorre para além dessa dimensão, pois ambos princípios são válidos, ocorrendo na dimensão do peso. (ALEXY, 2006)

Os princípios exercem papel relevante na interpretação do Direito, sendo necessário, uma vez entendido os conceitos, tratar da finalidade e importância dos princípios para o Direito Administrativo, especialmente para as licitações.

O Direito Administrativo, por ser caracterizado como disciplina jurídica autônoma, corresponde a um conjunto de princípios e regras, que guardam entre si uma relação lógica de coerência e unidade, compondo um sistema, ou um regime jurídico-administrativo, o que dá identidade própria ao Direito Administrativo e o diferencia dos demais ramos do Direito (BANDEIRA DE MELLO, 2009).

Os princípios basilares do Direito Administrativo estão definidos na Constituição da República, que impõe obediência, por parte de todos os Poderes e

esferas de Poderes da República, aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência (BRASIL, 2017b).

Além dos princípios constitucionais do Direito Administrativo, outros fazem parte de seu regime jurídico-administrativo, provenientes de legislação infraconstitucional, como a Lei de Licitações.

Assim, quanto ao processamento e julgamento das licitações, estes seguirão em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos (BRASIL, 1993).

Como princípio basilar da Administração Pública, o princípio da legalidade e do procedimento formal, que não se confunde com formalismo (exigências inúteis), impõe vinculação da licitação às normas (incluindo o próprio Edital ou convite) que a regem em todos os atos e em todas as suas fases (MEIRELLES, 2016).

No entanto, quando se trata de licitações, o princípio base é o da igualdade entre os licitantes, que impede a discriminação entre os participantes, mesmo que estrangeiros, quer por cláusulas no Edital ou convite quer por julgamento que busque beneficiar um participante em detrimento do outro. Assim, desse princípio decorrem os demais princípios da licitação, pois todos os demais princípios existem para assegurar a igualdade (MEIRELLES, 2016).

O princípio da publicidade dos atos da licitação abrange desde o aviso da sua abertura (com a publicação do aviso do Edital ou do convite) até o conhecimento do edital e seus anexos, o exame da documentação e das propostas pelos interessados e fornecimento de certidão de quaisquer peças, pareceres ou decisões com ela relacionadas. Assim, à exceção do julgamento das propostas que poderá ser feito de forma reservada, a abertura das propostas será sempre um ato público (MEIRELLES, 2016).

Ainda na esfera do Direito Administrativo como um todo, o princípio da probidade administrativa é mandamento constitucional e um dever de todo administrador público, cujo não atendimento pode acarretar a suspensão de direitos

políticos, perda da função ou cargo públicos, indisponibilidade de bens, ressarcimento ao erário, sem prejuízo da ação penal (MEIRELLES, 2016).

As licitações têm características próprias, sendo que o princípio da vinculação ao edital estabelece o edital como a lei interna da licitação, vinculando aos seus termos tanto os licitantes quanto a própria Administração. Isso significa que, uma vez estabelecidos os termos do Edital, estes tornam-se inalteráveis para aquela licitação (MEIRELLES, 2016).

Sendo um princípio que se apoia nos princípios da probidade e da igualdade, o princípio do julgamento objetivo visa afastar o discricionarismo na escolha das propostas, obrigando os julgadores a apoiarem-se em fatores concretos prefixados pela Administração, reduzindo a margem de valoração subjetiva (MEIRELLES, 2016).

Dentre os princípios correlatos aos já mencionados, têm-se o princípio do sigilo na apresentação das propostas, que promove a igualdade entre as licitantes, pois uma licitante que, antes da apresentação de sua proposta, viesse a saber da proposta da outra ficaria em posição vantajosa. A abertura antecipada das propostas ou a revelação de seu conteúdo, além de causar nulidade do processo, é um ilícito penal (MEIRELLES, 2016).

Também como princípio correlato, o princípio da adjudicação compulsória ao vencedor, que impede tanto que a Administração, findo o procedimento licitatório, atribua seu objeto a outrem, como também que abra nova licitação existindo adjudicação anterior válida. Isso não significa que a Administração é obrigada a celebrar o contrato, apenas que é obrigada a adjudicar a licitação ao licitante vencedor (MEIRELLES, 2016).

2.1.2 Modalidades de licitação

Ainda dentro do estudo do instituto da licitação em si, é essencial entender as modalidades permitidas de licitação, pois estabelecem maior ou menor formalidade e complexidade em seu processamento.

Para viabilizar a realização da licitação, sem prejudicar a eficiência, a Lei de Licitações estabeleceu como modalidades para a realização da licitação: o convite, a

tomada de preços, a concorrência, o concurso e o leilão, sendo introduzido no ordenamento jurídico, por meio da Lei 10.520/2002, a modalidade de pregão (BRASIL, 1993).

O convite é a forma mais simples de licitação, com permissão legal para realizá-la desde que o valor total da licitação seja inferior ao estabelecido no art. 23 da Lei nº 8.666/93, que é atualmente R\$ 150 mil para obras e serviços de engenharia e de R\$ 80 mil para as demais compras e serviços. O convite exige pelo menos três convidados, mas ressalta-se que a escolha dos convidados é discricionária, ou seja, o gestor não tem que justificar porque enviou a carta-convite, que é o instrumento convocatório dos interessados, a um ou outro fornecedor, desde que tenha atendido o mínimo de 3 (três) participantes (MEIRELLES, 2016).

A tomada de preços é a modalidade intermediária de licitação, com permissão legal para realizá-la desde que o valor da licitação seja inferior ao estabelecido no art. 23 da Lei nº 8.666/93, que é atualmente R\$ 1,5 milhões para obras e serviços de engenharia e R\$ 650 mil para as demais compras e serviços (BRASIL, 1993). É realizada entre interessados previamente registrados, o que a diferencia da concorrência (MEIRELLES, 2016).

A concorrência é a modalidade de licitação própria para contratos de grande valor mas que se presta a qualquer contratação, sendo a mais complexa e longa de se executar, pois busca promover a ampla publicidade e ampla participação de quaisquer interessados, cadastrados ou não (MEIRELLES, 2016).

Um fato que merece destaque é que, até a introdução do pregão, a concorrência reinava sozinha como a modalidade para licitações de obras e serviços de engenharia com valor superior a R\$ 1,5 milhões ou para as demais compras e serviços com valor superior a R\$ 650 mil (BRASIL, 1993).

A concorrência e a tomada de preços podem ser por menor preço, por melhor técnica e por técnica e preço. O tipo melhor técnica e técnica e preço exigem que o edital estabeleça critérios de pontuação para as licitantes mediante o atendimento de requisitos técnicos específicos para o objeto a ser contratado, permitindo escolher aquela mais tecnicamente capaz (melhor técnica) ou aquela que

conseguiu melhor composição entre preço e técnica (técnica e preço) (MEIRELLES, 2016).

O pregão é uma modalidade que se presta apenas para a aquisição de bem ou contratação de serviço comuns. Bens e serviços comuns, conforme estabelecido na própria Lei, são aqueles cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais no mercado (BRASIL, 2002).

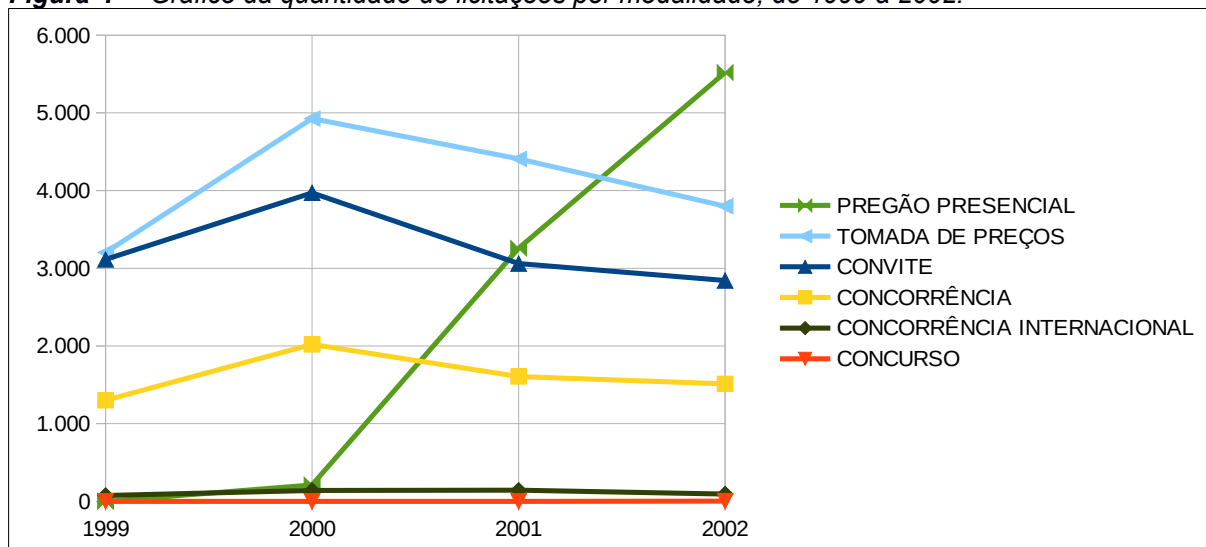
A característica mais marcante do pregão é ser a única modalidade de licitação que inverte o momento da habilitação com o momento do julgamento das propostas técnico-comerciais. Assim, entregues as propostas, as mesmas são abertas, verificando-se a conformidade com os requisitos estabelecidos no instrumento convocatório, desclassificando-se aquelas que não atenderem esses requisitos. As propostas são então classificadas do menor para o maior valor, e os licitantes podem ofertar lances sucessivos sobre a proposta de menor valor. Ao final, é anunciado a licitante com a proposta de menor valor, quando passa-se à fase de habilitação, com a abertura do envelope contendo a documentação técnica, jurídica e econômica do autor da proposta (MEIRELLES, 2016).

O nascimento jurídico do pregão foi um tanto peculiar, resultado de diversas Medidas Provisórias, editadas ou reeditadas mensalmente¹¹, iniciando com a Medida Provisória nº 2.026, de 4 de maio de 2000, e terminando com a Medida Provisória nº 2.182-18, de 23 de agosto de 2001¹², essa última convertida na Lei 10.520, de 17 de julho de 2002. Antes do surgimento do pregão, a tomada de preços era a modalidade de licitação mais utilizada no Governo Federal, no entanto, no período entre 2000, ano da primeira medida provisória de criação do pregão, e 2002, ano em que foi consolidado em lei, o pregão torna-se a modalidade mais utilizada de licitação, conforme ilustra o gráfico da Figura 1.

11 A Constituição da República de 1988 previa, originalmente, em seu art. 62, parágrafo único, que “as medidas provisórias perderão eficácia, desde a edição, se não forem convertidas em lei no prazo de trinta dias, a partir de sua publicação, devendo o Congresso Nacional disciplinar as relações jurídicas delas decorrentes”. Por esse motivo, conforme as medidas provisórias perdiam vigência, o que acontecia mensalmente, eram reeditadas para manter a juridicidade do pregão, pois a Constituição não limitava as reedições de uma mesma medida provisória.

12 A Medida Provisória nº 2.026, de 4 de maio de 2000, foi reeditada 8 vezes com o mesmo número, depois reeditada como Medida Provisória nº 2.108-9 em 27 de dezembro de 2000, reeditada mais 6 vezes com esse número, e reeditada como Medida Provisória nº 2.182-16, em 28 de junho de 2001, sendo reeditada mais 2 vezes com esse último número, antes de sua conversão em lei.

Figura 1 – Gráfico da quantidade de licitações por modalidade, de 1999 a 2002.



Fonte: (BRASIL, 2019a)

A previsão da forma eletrônica fez parte de todas as medidas provisórias do pregão e, por fim, da própria lei do pregão. A regulamentação do pregão eletrônico foi realizada pelo Decreto nº 3.697, de 21 de dezembro de 2000, quando foi incorporado ao Comprasnet¹³, porém sem obrigatoriedade de uso. Em 2005, é editado o Decreto nº 5.450, de 31 de maio de 2005, que se tornou a nova regulamentação do pregão eletrônico, e tornou obrigatório seu uso para aquisição de bens e serviços comuns.

Qualquer empresa no país pode se inscrever em licitações que são realizadas em qualquer parte do território nacional. Tal iniciativa promoveu transparência e ampla participação de licitantes nos processos, melhorou os mecanismos de controle e permitiu que microempresas e empresas de pequeno porte, que não podiam arcar com custos de deslocamento até o local de realização do pregão presencial, pudessem participar (MEIRELLES, 2016).

A forma eletrônica do pregão trouxe facilidades para as equipes de licitação, como sistema online para registro e controle integrado por parte dos pregoeiros. Esse sistema, também, é a interface entre os licitantes e os pregoeiros, registrando

¹³ Comprasnet é o sistema de compras do Governo Federal e integra o Portal de Compras do Governo Federal. A incorporação do pregão eletrônico ao Comprasnet trouxe vantagens consideráveis à Administração, como o aumento na competitividade, racionalização dos procedimentos, redução de preços pagos, maior transparência e menos possibilidade de influência externa. Além disso, ampliou a possibilidade geográfica de participação e democratizou o processo. (CONGRESSO BRASILEIRO DE CUSTOS, 2006).

e organizando todas as atividades do procedimento licitatório. Assim, um mesmo pregoeiro e uma mesma equipe de apoio podem conduzir mais de um pregão simultaneamente (MINISTÉRIO DA ECONOMIA, 2019b).

Por esses motivos, o pregão em sua forma eletrônica reina absoluto entre as modalidades de licitação no Brasil, sendo a escolha em 95,13% das licitações realizadas nos últimos cinco anos (Tabela 3). Tal escolha não é meramente discricionária, pois o próprio Decreto que o trouxe ao mundo jurídico estabelece a obrigatoriedade de sua utilização para bens e serviços comuns (BRASIL, 2005).

Tabela 3 - Número, valor e proporção de licitações promovidas pela Administração Pública Federal, segundo a modalidade de licitação - 2014-2018.

Modalidade	N	% total	Valor (em milhões R\$)	% total
Pregão eletrônico	110.541	95,13%	120.621,00	91,78%
Pregão presencial	465	0,40%	1.431,03	1,09%
Tomada de Preços	2.495	2,15%	955,44	0,73%
Concorrência	1.947	1,68%	8.084,64	6,15%
Convite	514	0,44%	30,43	0,02%
Concorrência Internacional	125	0,11%	275,56	0,21%
Concurso	109	0,09%	26,62	0,02%
Total	116.196	100,00%	131.424,72	100,00%

Fonte: (MINISTÉRIO DA ECONOMIA, 2019a)

O surgimento do pregão em 2000, ainda em sua forma presencial, e a efetiva disponibilidade da sua forma eletrônica em 2002, influenciaram de maneira contundente a escolha de modalidades de licitação historicamente utilizados no Brasil. Para compreensão da dimensão dessa influência, a Tabela 4 apresenta uma quantificação das modalidades de licitação (e suas formas) utilizadas por ano, desde 1999, ano anterior à primeira Medida Provisória de instituição da modalidade pregão, até 2018.

A Figura 2 apresenta uma quantificação empilhada das informações constantes da Tabela 4, ilustrando as variações no uso das modalidades.

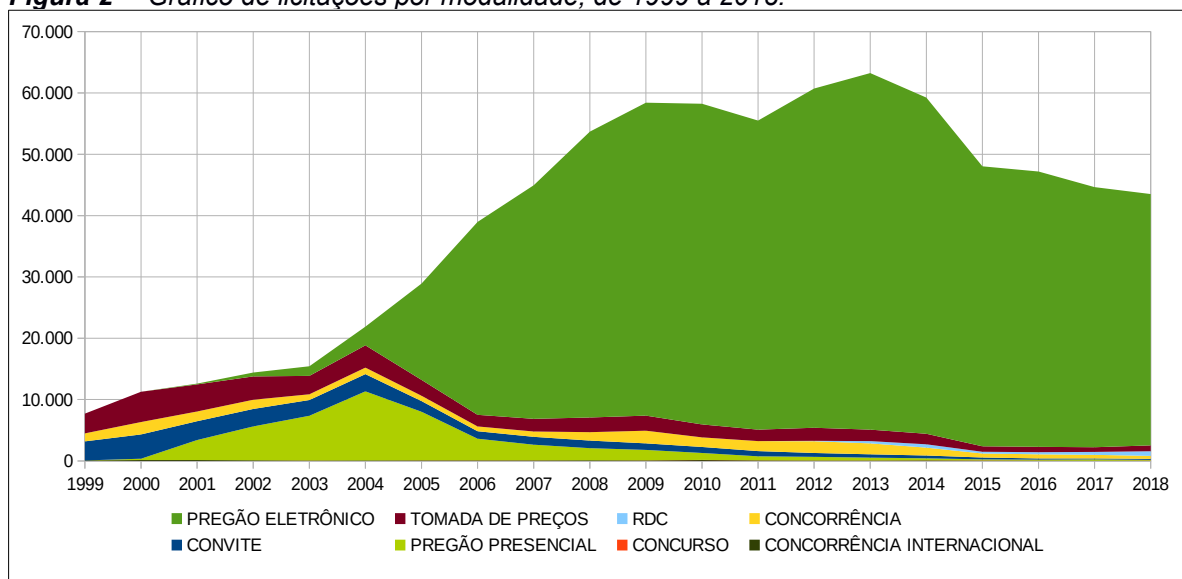
Tabela 4 - Quantidade de licitações da Administração Pública Federal por modalidade, abrangência e forma - 1999-2018

Modalidade/Abrangência/Forma	1999	2000	2001	2002	2003
Concorrência	1.301	2.020	1.607	1.513	951
Concorrência internacional	75	141	143	94	54
Concurso	0	0	0	3	6
Convite	3.114	3.971	3.061	2.843	2.547
Pregão eletrônico	0	0	117	639	1.554
Pregão presencial	0	211	3.258	5.520	7.311
RDC	0	0	0	0	0
Tomada de preços	3.203	4.927	4.408	3.799	2.999
Total	7.693	11.270	12.594	14.411	15.422
Modalidade/Abrangência/Forma	2004	2005	2006	2007	2008
Concorrência	1.065	857	776	882	1.384
Concorrência internacional	77	82	76	80	84
Concurso	4	6	9	11	20
Convite	2.811	1.745	1.224	1.280	1.226
Pregão eletrônico	3.048	15.709	31.453	38.093	46.614
Pregão presencial	11.257	7.930	3.528	2.552	1.983
RDC	0	0	0	0	0
Tomada de preços	3.637	2.581	1.904	2.050	2.389
Total	21.899	28.910	38.970	44.948	53.700
Modalidade/Abrangência/Forma	2009	2010	2011	2012	2013
Concorrência	2.077	1.562	1.632	1.912	1.771
Concorrência internacional	78	128	72	56	52
Concurso	21	26	16	15	24
Convite	1.054	983	852	640	550
Pregão eletrônico	51.030	52.297	50.384	55.297	58.155
Pregão presencial	1.698	1.130	665	579	447
RDC	0	0	0	68	383
Tomada de preços	2.451	2.112	1.868	2.140	1.858
Total	58.409	58.238	55.489	60.707	63.240
Modalidade/Abrangência/Forma	2014	2015	2016	2017	2018
Concorrência	1.285	653	667	593	487
Concorrência internacional	60	29	27	18	14
Concurso	45	37	24	23	29
Convite	446	300	200	158	177
Pregão eletrônico	54.806	45.645	44.903	42.422	40.986
Pregão presencial	325	180	158	201	111
RDC	556	300	352	466	744
Tomada de preços	1.711	891	854	765	956
Total	59.234	48.035	47.185	44.646	43.504
Modalidade/Abrangência/Forma	Total 2009-2018				
Concorrência	24.995				
Concorrência internacional	1.440				
Concurso	319				
Convite	29.182				
Pregão eletrônico	633.152				
Pregão presencial	49.044				
RDC	2.869				
Tomada de preços	47.503				
Total	788.504				

Fonte: (BRASIL, 2019a)¹⁴

14 A pesquisa na API de Compras Governamentais foi realizada para cada modalidade, abrangência e forma de licitação, utilizando a URL [http://compras.dados.gov.br/licitacoes/v1/licitacoes.xml?modalidade=\\$M&data_publicacao_min=\\$Y-01-01T00:00:00&data_publicacao_max=\\$Y-12-21T23:59:59&pregao_eletronico=\\$E](http://compras.dados.gov.br/licitacoes/v1/licitacoes.xml?modalidade=$M&data_publicacao_min=$Y-01-01T00:00:00&data_publicacao_max=$Y-12-21T23:59:59&pregao_eletronico=$E), onde \$M é o código da modalidade, \$Y o ano e \$E a forma.

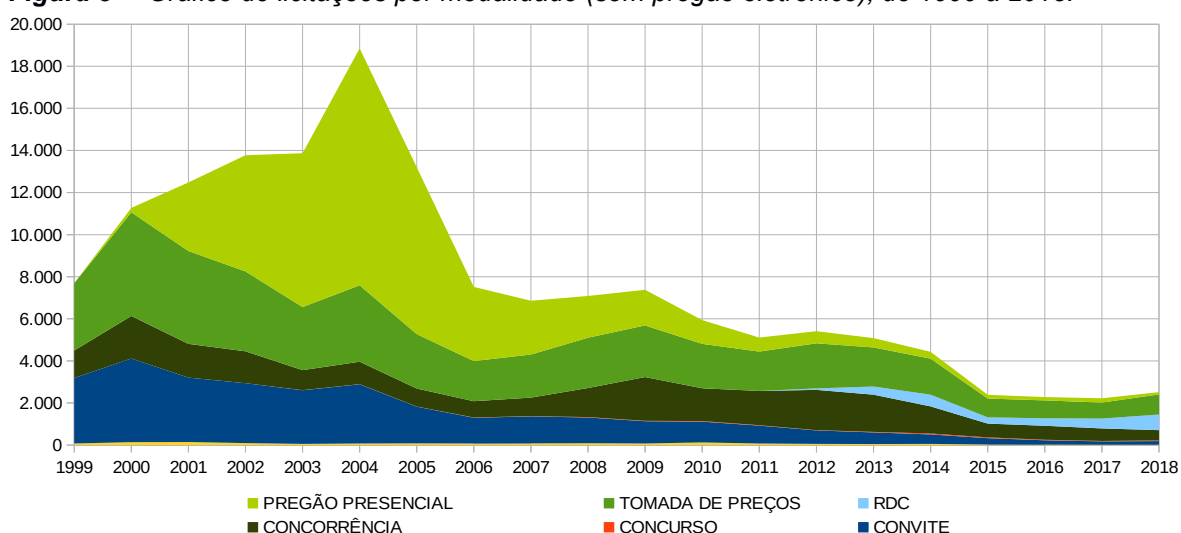
Figura 2 – Gráfico de licitações por modalidade, de 1999 a 2018.



Fonte: (BRASIL, 2019a)

Como o pregão na forma eletrônica se sobressai em relação às demais modalidades, com uma utilização quase residual dessas, a visualização dos detalhes da evolução no uso de cada modalidade fica comprometida, como no gráfico da Figura 2. O decréscimo no uso das demais modalidades¹⁵ pode ser melhor visualizado no gráfico da Figura 3 que apresenta as modalidades suprimindo-se a forma eletrônica do pregão.

Figura 3 – Gráfico de licitações por modalidade (sem pregão eletrônico), de 1999 a 2018.



Fonte: (BRASIL, 2019a)

¹⁵ A partir da instituição do pregão presencial (em 2000) e, de uma forma muito mais forte, a partir da obrigatoriedade da forma eletrônica do pregão (em 2005), a queda no uso das demais modalidades fica evidente.

Compreendidas as modalidades de licitação, e as vantagens e facilidades que a modalidade pregão na forma eletrônica trouxe à Administração, é importante entender a abrangência para realização das licitações, pois definem procedimentos especiais em seu processamento.

2.1.3 Abrangência da licitação

Aprofundando um pouco mais no instituto da licitação, torna-se necessária a compreensão da abrangência em que podem ser realizadas as licitações, gênese dos institutos objeto deste estudo.

O termo Licitação Internacional, presente no Direito Brasileiro, gera confusão, fazendo pressupor que se trata de uma licitação a ocorrer em outro país. Porém, como o instituto é estabelecido e regido pela Lei nº 8.666/93, norma de Direito Interno, não é difícil perceber que se só pode se tratar de procedimentos licitatórios a ocorrerem em solo brasileiro (BITTENCOURT, 2011).

Além de estabelecer modalidades, a Lei de Licitações também regulou a abrangência para realização das licitações: nacional, internacional e no exterior (BRASIL, 1993).

A primeira abrangência, plenamente regulada e com abundante doutrina e jurisprudência, é a de âmbito nacional, assim, a licitação é considerada em âmbito nacional quando estão autorizadas a participar apenas empresas brasileiras ou empresas estrangeiras com autorização para operarem no Brasil, sendo o foro no Brasil tanto para a licitação quanto para a contratação (BITTENCOURT, 2017).

A segunda abrangência, sem regulamentação específica e com modesta doutrina e jurisprudência, é a de âmbito internacional, assim, a licitação é considerada em âmbito internacional quando, realizada no Brasil, estão autorizadas a participar empresas brasileiras ou empresas estrangeiras domiciliadas em outro país (BITTENCOURT, 2011).

A terceira e última abrangência, sem a devida regulamentação e com quase ausente doutrina e parca jurisprudência, é a de âmbito no exterior, assim, a licitação é considerada em âmbito internacional no exterior quando realizada em solo

estrangeiro, pelas repartições públicas brasileiras sediadas no exterior (BITTENCOURT, 2017).

Neste capítulo, o estudo do instituto da licitação percorreu sua definição, princípios, modalidades e abrangência. Esses conceitos são fundamentais para a compreensão do instituto da licitação internacional realizada no Brasil.

2.2 A licitação internacional realizada no Brasil

A baixa densidade de utilização da licitação internacional pode ser motivada pela complexidade das normas a serem eventualmente empregadas, especificamente, tratados e legislação comercial internacional. Existe, portanto, interface determinante entre o Direito Interno e o Direito Internacional, além de características da licitação internacional e da licitação no exterior que devem ser consideradas.

2.2.1 Interfaces entre o Direito Interno e o Direito Internacional

O Direito, apesar de indivisível, possui dois ramos distintos: o Direito Público e o Direito Privado. O Direito Público é o conjunto de normas que organizam o Estado e regulam as relações e interesses do Estado, enquanto o Direito Privado é o conjunto de normas que organiza e disciplina as relações entre particulares (BITTENCOURT, 2011).

O Estado exerce jurisdição exclusiva em seu território, portanto, a lei de um país, a princípio, só obriga dentro do seu próprio espaço territorial. Assim, estabelece-se a fronteira entre o Direito Interno e o Direito Internacional. No entanto, um contrato celebrado entre o Estado e um particular estrangeiro atingem as órbitas do Direito Interno e do Direito Internacional (BITTENCOURT, 2011).

O Direito Internacional é subdividido em Direito Internacional Público e Direito Internacional Privado, sendo o primeiro quase que em sua totalidade regido por tratados e convenções, cujos controles pertencem aos órgãos internacionais, e o segundo é criado pelo legislador interno de cada país, para regular as relações com particulares de outros países. Assim, tem-se um Direito Internacional Público e diversos Direitos Internacionais Privados (um para cada país) (BITTENCOURT, 2011).

O Direito Internacional Privado de cada país é elaborado considerando as concepções, os costumes, as vontades e as necessidades impostas pela sua sociedade. Assim, o legislador não é obrigado a harmonizar sua norma com as normas dos demais países, uma vez que tem jurisdição exclusiva e interesses próprios. Isso causa diversos conflitos e incertezas, em âmbito internacional, entre as várias normas de Direito Internacional Privado (BITTENCOURT, 2011).

Além disso, ressalta-se que é o direito interno, mais detalhado e específico, que define os caminhos a serem seguidos, mesmo diante da existência do Direito Internacional, mais genérico e de abrangência geral (BITTENCOURT, 2011).

Assim, é possível perceber que as normas internas podem apresentar um alcance internacional, ou seja, além de obrigarem as sociedades internas, alcançam as demais sociedades no âmbito internacional (BITTENCOURT, 2011).

2.2.2 Características da licitação Internacional

A expressão “licitação internacional” causa grande confusão quanto a sua abrangência, pois a princípio pode-se pensar em uma licitação que ocorrerá em outro país (o que é o caso da licitação no exterior). No entanto, trata-se de licitação a ocorrer em solo brasileiro, com apenas um diferencial: permite a participação de empresas estrangeiras domiciliadas em outro país (BITTENCOURT, 2017).

Ressalta-se que o Estatuto de Licitações não define a licitação internacional, apenas a menciona por quatro vezes, sendo que uma definição muito precária pode ser encontrada no Decreto nº 6.702, de 18 de dezembro de 2008, cujo significado genérico acaba por abarcar tanto as licitações internacionais quanto as nacionais, pois não informa sua abrangência (aspecto mais importante) e vincula o procedimento apenas aos princípios gerais da licitação (BRASIL, 2008).

A decisão em realizar uma licitação nacional ou internacional é discricionária e compete ao gestor público, conforme entenda ser economicamente mais viável ou mesmo que o objeto almejado não seja prestado ou produzido no país (BITTENCOURT, 2017).

Por ser decorrente de uma definição discricionária do gestor quanto à abrangência, para ser considerada internacional, basta que a licitação seja publicada

no exterior (mais ampla publicidade possível e adotando o idioma dos países em que o aviso de licitação seja publicado), que seja publicada também no Diário Oficial e em jornais de grande circulação no Brasil, que permita a participação de empresas estrangeiras domiciliadas no estrangeiro e que ocorra em solo brasileiro (BITTENCOURT, 2017).

Vale ressaltar o entendimento do Tribunal de Contas da União (TCU) no sentido de que uma vez que o gestor decida e cumpra os requisitos e procedimentos exigidos e defina o âmbito da licitação como nacional ou internacional, a participação de licitantes estrangeiros sediados no exterior será vedada na primeira e permitida na segunda (BITTENCOURT, 2017).

Licitante estrangeiro em funcionamento no Brasil e licitante estrangeiro sediado no exterior são diferentes conceitos da mesma maneira que, conforme Grau (1992), “licitação com participação de empresa estrangeira e licitação de âmbito internacional não são temas equivalentes”. O primeiro trata de empresa que possui decreto autorizativo para exercer seu objeto social do Brasil, podendo participar, cumpridas as regras do Edital, de licitações nacionais, internacionais e no exterior em plena igualdade com as empresas brasileiras. O segundo diz respeito a empresa estrangeira que não possui qualquer atuação prévia no território nacional, podendo participar, cumpridas as regras do Edital, apenas de licitações internacionais ou no exterior (MOREIRA, 2015).

Diante dessa diferenciação, a permissão contida no art. 32, § 4º, da Lei de Licitações, de comprovar habilitação, por meio de documentos equivalentes aos que seriam exigidos no Brasil, devidamente consularizados e traduzidos por tradutor juramentado, é direcionada apenas às empresas estrangeiras sediadas no exterior para participação em licitação internacional (MOREIRA, 2015).

Quando o objeto da licitação prevê atuação em território nacional, independente do âmbito dessa licitação, a participação de empresa estrangeira, em funcionamento no País ou com sede no exterior, somente será admitida caso possua autorização do Poder Executivo Federal para funcionamento no País (MOREIRA, 2015).

No caso desses objetos, em que a atuação da futura contratada configura funcionamento no país, ou seja, exercício do objeto social em território nacional, conforme Moreira (2015), o Edital deverá prever, como critério de habilitação, a apresentação da autorização do Poder Executivo Federal, sob pena de descumprimento do estabelecido no art. 1.134, *caput*, do Código Civil Brasileiro:

Art. 1.134. A sociedade estrangeira, qualquer que seja o seu objeto, não pode, sem autorização do Poder Executivo, funcionar no País, ainda que por estabelecimentos subordinados, podendo, todavia, ressalvados os casos expressos em lei, ser acionista de sociedade anônima brasileira.

Nesses casos, além do decreto autorizativo, as empresas estrangeiras deverão cumprir a legislação que regula a atividade a ser exercida em território nacional. Um exemplo que merece destaque, conforme ressalta Marrara (2017), são as obras e serviços de engenharia, pois existe uma séria exigência a serem cumpridas, pelas empresas estrangeiras, para participação em uma licitação internacional, dentre elas a de apresentar ao Crea, 30 (trinta) dias antes da licitação¹⁶, documentação devidamente traduzida por tradutor público juramentado e autenticada pelo consulado brasileiro do país da sede da interessada, conforme dispõe o art. 5º, inciso I, da Resolução Confea nº 444/2010:

Art. 5º As empresas estrangeiras que não possuem filiais devidamente registradas no país deverão cumprir as seguintes exigências para participação em licitações de caráter internacional:

I - apresentar documentos de constituição das empresas e de seu corpo técnico, bem como comprovantes relativos ao acervo técnico dos profissionais delas encarregados, devidamente traduzidos por tradutor público juramentado e autenticados pelo consulado brasileiro do país da sede da interessada, pelo menos trinta dias antes da data prevista para a realização da licitação;

Nesses mesmos casos de atuação a futura contratada no país, caso a licitante seja um consórcio, apenas será exigida a autorização das empresas

16 A abusividade dessa exigência do Confea é patente, pois exigir prazo de 30 (trinta) dias, prévios à licitação, inviabiliza a participação de empresas estrangeiras sediadas no exterior em qualquer licitação que tenha prazo de publicação igual ou inferior a trinta dias. Basta verificar que, considerando os prazos mínimos estabelecidos em lei, essas empresas poderiam participar apenas de concurso, concorrência em regime de empreitada integral ou concorrência do tipo "melhor técnica" ou "técnica e preço". Se contarmos o prazo necessário para traduzir a documentação, realizar a consularização e o prazo para análise do Crea, verifica-se que essa exigência constitui uma forma disfarçada de excluir ou dificultar a participação de empresas estrangeiras em licitações internacionais no Brasil (MARRARA, 2017).

consorciadas que atuarão diretamente no Brasil, exceto no caso de consórcio que dê constituição de Sociedade de Propósito Específico (SPE), com natureza de sociedade anônima, que será quem executará efetivamente o objeto no Brasil, e desde que não realize atividades contínuas, cuja autorização para funcionamento no país será dispensável (MOREIRA, 2015).

As empresas estrangeiras sediadas no exterior, que pretendam participar de certame que ocorrerá em solo brasileiro, devem se submeter ao Edital, ao Estatuto das Licitações e às diretrizes e regras impostas por órgãos responsáveis pelos aspectos de política monetária e de comércio exterior. Além disso, tais empresas deverão constituir representante legal no Brasil com poderem expressos para receber citação e responder administrativa ou judicialmente (BITTENCOURT, 2017).

Em relação ao mandamento de “constituir representante legal no Brasil com poderem expressos para receber citação e responder administrativa ou judicialmente”, é premente esclarecer que se tais empresas não funcionam no Brasil, não possuem sedes ou filiais no país, portanto essa representação legal não se trata, necessariamente, de constituição de empresa no Brasil e nem de representação comercial no Brasil, no sentido que a primeira levaria a uma nova empresa constituída sob leis e jurisdição brasileiras, deixando de ser empresa estrangeira sediada no exterior, enquanto a segunda visa, conforme dispõe *in verbis* a lei que regula as atividades de representantes comerciais autônomos¹⁷, “a mediação para a realização de negócios mercantis, agenciando propostas ou pedidos, para, transmití-los aos representados, praticando ou não atos relacionados com a execução dos negócios”, o que também não seria lógico, pois o representante comercial no Brasil poderia participar diretamente da licitação.

Esclarece Marrara (2017) que esse mandamento diz respeito à comunicação entre a licitante (ou contratada) e a Administração (ou o Estado), no sentido de ganhar celeridade nessa comunicação, evitando-se delongas processuais com citações, notificações e demais comunicações ao exterior, como acontece com as cartas rogatórias.

A regra é que podem participar de uma licitação internacional licitantes estrangeiros sediados no exterior de todos os países com os quais o Brasil

17 Lei nº 4.886, de 9 de dezembro de 1965.

mantenha relações comerciais, bem como de países com os quais o Brasil não tenha restrições políticas ou comerciais (BITTENCOURT, 2017).

Juruena (2004, p.229 *apud* BITTENCOURT, 2017, p.495) entende que, como é o Presidente da República quem formula as políticas monetária e de comércio exterior, se é aberta uma licitação internacional pela Administração, o interesse é ampliar ao máximo o universo de competição, pois houve uma relativização implícita da possibilidade de economizar reservas ou de proteger a indústria nacional, sendo o interesse público a ser atendido com o procedimento licitatório o de adquirir o bem ou o serviço, não importa de quem, não cabendo favorecimentos ou discriminações em razão da origem dos licitantes.

Entendimento diverso tem Bittencourt (2017), pois o texto da própria Lei, quando trata especificamente de licitações internacionais, determina sujeição do licitante estrangeiro às diretrizes e regras impostas pela política monetária e de comércio exterior brasileiras. Assim, se o Brasil estabelece restrição comercial com algum país, essa restrição constitui diretriz ou regra de comércio exterior e deve ser observada nas licitações internacionais.

Além das restrições de participação de estrangeiros, impostas pela Lei e pelas políticas monetária e de comércio exterior, no caso de licitação internacional baseada em regras de organismos internacionais, podem existir outras restrições, como limitar a participação a países específicos (BITTENCOURT, 2017).

Na Lei de Licitações é possível perceber o esforço do legislador em evitar que um licitante brasileiro seja prejudicado frente ao estrangeiro, bem como garantir que a licitação internacional crie ambiente favorável à participação de empresas estrangeiras. No entanto, as diversas disposições buscam equalizar eventuais diferenças entre brasileiros e estrangeiros, sob o manto da isonomia, como no caso das disposições acerca da moeda, pagamento, garantias, local de destino para entrega e a polêmica equalização das propostas.

No tocante à moeda a ser utilizada na licitação, para as licitações nacionais deverá ser sempre adotada a moeda corrente nacional, enquanto, para as licitações internacionais, cabe ao gestor público permitir no Edital a cotação de preços em moeda estrangeira, permissão que valerá para empresas estrangeiras e brasileiras,

promovendo o tratamento idêntico entre elas. Assim, a contratação se dará na mesma moeda utilizada nas propostas apresentadas, sendo que, caso uma empresa brasileira saia vencedora, no momento do seu pagamento, esse deverá ser convertido em moeda nacional (BITTENCOURT, 2017). Tal entendimento decorre do texto expresso dos arts. 5º, *caput*, e 42, §§ 1º e 2º, da Lei nº 8.666/93:

Art. 5º Todos os valores, preços e custos utilizados nas licitações terão como expressão monetária a moeda corrente nacional, ressalvado o disposto no art. 42 desta Lei, devendo cada unidade da Administração, no pagamento das obrigações relativas ao fornecimento de bens, locações, realização de obras e prestação de serviços, obedecer, para cada fonte diferenciada de recursos, a estrita ordem cronológica das datas de suas exigibilidades, salvo quando presentes relevantes razões de interesse público e mediante prévia justificativa da autoridade competente, devidamente publicada.

[...]

Art. 42. Nas concorrências de âmbito internacional, o edital deverá ajustar-se às diretrizes da política monetária e do comércio exterior e atender às exigências dos órgãos competentes.

§ 1º Quando for permitido ao licitante estrangeiro cotar preço em moeda estrangeira, igualmente o poderá fazer o licitante brasileiro.

§ 2º O pagamento feito ao licitante brasileiro eventualmente contratado em virtude da licitação de que trata o parágrafo anterior será efetuado em moeda brasileira, à taxa de câmbio vigente no dia útil imediatamente anterior à data do efetivo pagamento.

Também em busca de tratamento idêntico entre empresas estrangeiras e brasileiras, caso seja permitido que empresas estrangeiras prestem garantias específicas ou além das previstas no Estatuto das Licitações, também as empresas brasileiras poderão fazê-lo (BITTENCOURT, 2017).

O local de destino para entrega do objeto deverá ser o mesmo tanto para empresas estrangeiras quanto para empresas brasileiras, sendo que todas deverão cotar em suas propostas o mesmo local de entrega (BITTENCOURT, 2017).

Um ponto controverso é a previsão no art. 42, § 4º, da Lei nº 8.666/93, de, para julgamento da licitação, a sujeição dos licitantes estrangeiros ao acréscimo em suas propostas dos encargos tributários que oneram exclusivamente os licitantes brasileiros quanto à operação final de venda.

Os tributos que oneram o preço final de venda não são necessariamente os mesmos que incidem na venda final, pois o primeiro tem uma interpretação muito elástica, permitindo incluir tributos de toda a cadeia produtiva, enquanto o segundo é restrito ao momento do fato gerador da venda final. Assim, o legislador ao utilizar o verbo “onerar” deu margem a diferentes interpretações de quais tributos deveriam ser considerados (CASTRO, 2002).

Alguns editais, sob pretensa forma de “isonomia” tributária, e fundamentados na interpretação literal do art. 42, § 4º, da Lei nº 8.666/93, passaram a prever uma “equalização de propostas”, situação que artificialmente alterava o valor da proposta do licitante estrangeiro (ou brasileiro) em função dos tributos que oneram exclusivamente a proposta do licitante nacional quanto a operação final de venda (BITTENCOURT, 2017).

Enquanto doutrinadores de renome, como Jessé Torres Pereira Junior e Ronny Charles, interpretam que essa regra é destinada à proteção dos licitantes nacionais, e deve ser cumprida, incorporando-se a carga tributária na proposta dos estrangeiros, com a finalidade de garantir a isonomia da disputa, a jurisprudência recente do Tribunal de Contas da União e outra parcela da doutrina entendem que esse mandamento legal deve ser interpretado à luz do princípio da isonomia, esculpido no art. 37, inciso XXI da CRFB/88, que determina que as licitações públicas deverão assegurar “igualdade de condições a todos os concorrentes”, mandamento constitucional que, quando da regulamentação pela Lei nº 8.666/93, o fez constar em seu art. 3º, *caput*, além de dispor explicitamente em seu art. 3º, § 1º, inciso II, que é vedado ao agente público “estabelecer tratamento diferenciado de natureza comercial, legal, trabalhista, previdenciária ou qualquer outra, entre empresas brasileiras e estrangeiras” (SCHWIND, 2017).

Essa interpretação, conforme a Constituição e os demais regramentos da Lei nº 8.666/93, é necessária pois o acréscimo de valores à proposta dos estrangeiros é de um descabimento sem par, pois compete ao licitante estrangeiro, caso se consagre vencedor do certame, assumir o pagamento de todos os tributos que incidam sobre as operações e receita auferidas (BITTENCOURT, 2017).

Torna-se inviável, em tese, estabelecer a carga tributária que onera a operação final de venda, conforme demonstra Schwind (2017), pois os licitantes brasileiros podem se valer de mecanismos de elisão fiscal¹⁸, muitos tributos incidem sobre a receita, folha de pagamento, lucro e patrimônio da empresa e também oneram a operação de venda. Outro ponto a considerar, conforme explica Castro (2002), é que a licitante estrangeira recolhe impostos em seu país de origem e, no caso de disponibilizar o produto ou serviço em depósito em território nacional, recolherá impostos no Brasil também. Assim, como seria possível à Administração estabelecer quais tributos a onerar a proposta da licitante estrangeira ?

A aplicação do art. 42, § 4º, da Lei nº 8.666/93 merece cautela, pois somente se produz a equalização, intenção maior dessa regra, à luz do princípio da isonomia, quando exclusivamente a proposta do licitante estrangeiro acarretar algum tipo de despesa para a Administração, situação em que se deveria considerar o efetivo dispêndio que cada proposta representa (JUSTEN FILHO, 2000).

Essas exigências impostas à participação de estrangeiros, não são exclusivas da legislação brasileira, apesar dos esforços mundiais de isonomia nas licitações. A legislação espanhola também diferencia o licitante da Comunidade Europeia do licitante estrangeiro sediado fora dessa comunidade, exigindo desse, em alguns casos, sucursal devidamente instalada no país, registro da atividade e existência de reciprocidade no país de origem. O exemplo espanhol demonstra que o tratamento dispensado aos estrangeiros pelo direito brasileiro não é substancialmente diverso do encontrado no direito comparado (MOREIRA, 2015).

Por fim, as licitações internacionais devem ser realizadas, preferencialmente, na modalidade de concorrência. No entanto, podem ser realizadas na modalidade de tomada de preços, caso o órgão ou entidade disponha de cadastro internacional de fornecedores, e, em último caso, na modalidade de convite, quando não houver fornecedor do bem ou do serviço no País. Porém, para escolha de qualquer dessas duas últimas modalidades, deverão ser observados os limites impostos pela legislação no tocante ao valor estimado da contratação (BRASIL, 1993).

¹⁸ Elisão fiscal, conforme Guimarães (1997) são atos praticados no âmbito da liberdade de organização mais racional dos interesses do contribuinte, face a uma pluralidade de regimes fiscais ao qual pode se submeter.

2.3 A licitação internacional realizada no exterior

O outro âmbito de realização da licitação internacional, ou seja, quando a mesma não é realizada em território nacional e passa a ser considerada como no exterior, compreende as licitações realizadas pelas repartições brasileiras sediadas no exterior, como unidades diplomáticas, comissões militares das Forças Armadas e bancos (BITTENCOURT, 2017).

Algumas características das licitações realizadas no exterior podem ser verificadas explicitamente na própria Lei nº 8.666/93, pois essa estabelece que as licitações no exterior devem observar as peculiaridades de cada país e seguir apenas os princípios estabelecidos na Lei, delegando a uma regulamentação posterior o trato normativo das licitações no exterior (BRASIL, 1993).

Além das características de “observância das peculiaridades locais” e de “observâncias não das regras, mas dos princípios básicos da Lei nº 8.666/93”, outras características podem ser extraídas das normas de licitações internacionais, ou seja, “possibilidade de foro no exterior ou no Brasil”, “utilização de moeda estrangeira ou nacional” (nos mesmos moldes da licitação internacional realizada no Brasil), “inexigibilidade de parecer jurídico da AGU” e, por fim, “parecer jurídico local”, em decorrência da primeira característica de observância das peculiaridades locais.

O foro no Brasil é a regra dos contratos administrativos, celebrados com empresas sediadas tanto no Brasil quanto no exterior, conforme dispõe o art. 55, § 2º, da Lei nº 8.666/93, sendo que esse mesmo parágrafo faculta o estabelecimento do foro no estrangeiro aos contratos que sejam decorrentes das licitações que se enquadrem no art. 32, § 6º, da mesma lei:

Art. 32 [...]

§ 6º [...] licitações internacionais para a aquisição de bens e serviços cujo pagamento seja feito com o produto de financiamento concedido por organismo financeiro internacional de que o Brasil faça parte, ou por agência estrangeira de cooperação, ou nos casos de contratação com empresa estrangeira, para a compra de equipamentos fabricados e entregues no exterior, desde que para este caso tenha havido prévia autorização do Chefe do Poder Executivo, e nos casos de aquisição de bens e serviços realizada por unidades administrativas com sede no exterior.

Para as contratações regidas pela Lei nº 8.666/93 é obrigatório prévio parecer de assessoria jurídica da Administração que examine e aprove as minutas de editais e contratos¹⁹. No entanto, de forma análoga ao que ocorre na eleição do foro, a obrigatoriedade de parecer jurídico da AGU, para contratos que não produzam efeitos no Brasil, seria abusiva, pois serão contratos regidos pela legislação estrangeira do local em que foram constituídas as obrigações, conforme dispõe o art. 9º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB).

No caso de contratos que produzam efeito no Brasil, mesmo que sejam contratos decorrentes de licitação internacional ou no exterior, a competência da autoridade judiciária brasileira é absoluta, por força do art. 12, *caput*, da LINDB, sendo competente a AGU para o parecer jurídico prévio à licitação, pois trata-se de contrato que será regido pela legislação brasileira, com eleição de foro no Brasil e competência da autoridade judiciária brasileira. Isso não afasta a necessidade do subsequente parecer jurídico do local de realização da licitação, quando a licitação ocorrer no exterior, uma vez que a legislação estrangeira regerá o procedimento licitatório, sendo competente a autoridade judiciária estrangeira para julgamento de questões adstritas ao procedimento licitatório.

As licitações no exterior ocorrem, normalmente, para suprir as necessidades das próprias repartições, como é o caso dos atuais 229 postos de missões diplomáticas do Itamaraty sediados no exterior, ilustrados na Figura 4.

Figura 4 – Postos do Brasil no Exterior



Fonte: (ITAMARATY, 2019)

19 Exigência contida no art. 38, parágrafo único, da Lei nº 8.666/93.

Vale notar que, além dos postos do Itamaraty (2019), referentes às 141 embaixadas, aos 72 consulados e às 16 delegações/missões, existem postos civis, juntos às missões diplomáticas do Brasil, alocados aos ministérios da Indústria e Comércio, da Agricultura e da Agência Brasileira de Inteligência, e que utilizam toda a infraestrutura administrativa das missões diplomáticas (BRASIL, 1973).

Também junto a essas representações diplomáticas, e em alguns casos, utilizando o suporte administrativo dessas, existem postos de natureza militar, como as adidâncias naval, do Exército, Aeronáutica e de Defesa (BRASIL, 2004a).

As 5 (cinco) comissões militares de compras no exterior são exceção a essa regra de licitações e contratos para suprir necessidades próprias, pois, devido à sua finalidade, realizam licitações e contratos em proveito próprio e, principalmente, em proveito da Força Armada ou órgão brasileiro do qual fazem parte. Alguns postos militares no exterior também usufruem do apoio administrativo dessas comissões militares de compras no exterior. Essa possibilidade de licitação no exterior de demanda originada no Brasil (e por óbvio o contrato produzirá efeitos no Brasil) é uma característica dessas comissões brasileiras (BRASIL, 2004b).

Outra característica exclusiva das comissões militares de compras no exterior, pela sua característica peculiar, são as compras de grande vulto, envolvendo bens e serviços militares, bélicos ou de defesa, de alta tecnologia ou mesmo de tecnologia de acesso restrito, enquanto as compras das repartições civis são, notadamente, de pequeno vulto, voltadas para o suporte da própria repartição diplomática (BRASIL, 2004b).

Em relação aos processos de compras no âmbito dessas comissões no exterior, existem processos de licitação iniciados no Brasil, quando a demanda é dos órgãos e entidades em solo brasileiro, quanto processos de licitação iniciados no exterior, quando a demanda é das próprias comissões de compras ou de outros órgãos brasileiros com sede no exterior. No primeiro caso, como a demanda e o processo são originários do Brasil, onde o futuro contrato produzirá seus efeitos, esse processo deve ser instruído com parecer da AGU para, posteriormente, ser encaminhado ao exterior e receber parecer de assessoria jurídica do local da

licitação, enquanto no segundo caso, como não há produção de efeitos no Brasil, haverá apenas o parecer jurídico do local da licitação no estrangeiro.

Neste capítulo foi tratada a abrangência em que podem ser realizadas as licitações, as interfaces entre Direito Interno e Direito Internacional e seus reflexos na licitação internacional e as características das licitações internacionais e no exterior, fundamentos para a compreensão da baixa adesão ao instituto e da lacuna normativa nas licitações internacionais.

3 ADESÃO E LACUNA NORMATIVA NAS LICITAÇÕES INTERNACIONAIS

3.1.1 Adesão ao instituto da licitação internacional

Nos últimos cinco anos, conforme já apresentado na Tabela 3, foram realizadas 2.072 concorrências pela Administração Pública Federal, totalizando mais de R\$ 8,36 bilhões. Dessas concorrências, apenas 125 foram realizadas em âmbito internacional, representando 6% da quantidade total de concorrências e 3,3% do valor total das concorrências.

A baixa adesão ao instituto fica ainda mais evidenciada quando sob o prisma dos órgãos que as promoveram, resultando em um universo de apenas 6 (seis) unidades gestoras, ou seja, apenas 1,25% das 482 (quatrocentos e oitenta e duas) que promoveram concorrências em âmbito nacional, como pode ser verificado na Tabela 5.

Tabela 5 - Número e valor de concorrências internacionais no Brasil, promovidas pela Administração Pública Federal, segundo órgão licitante - 2014-2018.

Órgão	N	Valor (em milhões de R\$)
Instituto Nacional de Pesquisas Espaciais (SP)	95	137,37
Universidade Federal do Rio Grande do Sul	16	2,16
Instituto Nacional do Câncer (RJ)	10	3,57
Ministério da Saúde (DF)	2	107,88
Ministério da Previdência Social (DF)	1	18,70
Ministério da Fazenda (DF)	1	5,88
Total	125	275,56

Fonte: (MINISTÉRIO DA ECONOMIA, 2019a)

As contratações resultantes das licitações internacionais, como consta da tabela acima, realizadas no período considerado, geraram 130 contratos, e um total contratado inferior ao licitado, conforme Tabela 6.

Tabela 6 - Número e valor de contratos resultantes das Licitações Internacionais no Brasil, promovidas pela Administração Pública Federal, segundo órgão licitante - 2014-2018.

Órgão	N	Valor (em milhões de R\$)
Instituto Nacional de Pesquisas Espaciais (SP)	106	135,83
Universidade Federal do Rio Grande do Sul	8	1,29
Instituto Nacional do Câncer (RJ)	12	3,34
Ministério da Saúde (DF)	3	107,88
Ministério da Previdência Social (DF)	1	14,87
Total	130	263,21

Fonte: (MINISTÉRIO DA ECONOMIA, 2019a)

O objeto dessas contratações internacionais, ou seja, o objeto dos 130 contratos resultantes, também merece uma melhor análise. No caso das contratações do Instituto Nacional de Pesquisas Espaciais – INPE, essas estão centradas em componentes, software, instrumentos e serviços aplicados em missões de sistemas espaciais, como para o satélite Amazônia-1, além de pesquisa espacial em geral, como para o telescópio solar.

As contratações da Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRS estão centradas em serviços de fornecimento de publicações científicas importadas, no caso para a biblioteca da universidade, e de equipamentos, componentes e instrumentos para os laboratórios dos institutos e faculdades que compõem a universidade.

A única contratação registrada para o Ministério da Previdência Social foi voltada para a realização do censo cadastral previdenciário. Nesse aspecto, interessante ressaltar a opção do gestor por realizar uma concorrência internacional, pois seria de se presumir que o mercado brasileiro seria suficiente, possuindo diversas empresas capazes de prestar o serviço de censo cadastral previdenciário, sem ter que recorrer à ampliação internacional da disputa.

As contratações do Instituto Nacional do Câncer – INCA foram centradas na aquisição de reagentes e substâncias químicas, bem como equipamentos, como bisturis elétricos, centrífugas, video endoscopia e aspirador ultrassônico de tumor.

As contratações do órgão central do Ministério da Saúde foram voltadas para aquisição de equipamentos de informática, como impressoras térmicas, impressoras a laser e microcomputadores. No caso dessas contratações, percebe-se que a opção pela modalidade de concorrência no âmbito internacional foi equivocada²⁰, pois tratam-se de bens comuns de informática amplamente disponíveis no Brasil, no caso, microcomputadores e impressoras, que deveriam ser objeto de licitação na modalidade pregão, preferencialmente na forma eletrônica, conforme determina Brasil (2005).

O Ministério da Fazenda, que consta na Tabela 5, por ter realizado 1 (uma) concorrência internacional no período, não consta na Tabela 6 por não ter celebrado contrato a partir da licitação internacional realizada.

A partir de uma leitura dos objetos, à exceção das duas licitações internacionais realizadas pelo Ministério da Saúde²⁰, todas as demais se justificavam pela baixa concorrência nacional, ou seja, bens e serviços tecnologicamente complexos, muitos de origem exclusivamente estrangeira, e substâncias que possuem mercado restrito nacional, com representantes exclusivos que dificultam uma efetiva competição quando a licitação é de abrangência nacional.

Dos 130 contratos celebrados, decorrentes das licitações internacionais, 81 foram com empresas estrangeiras, 44 com empresas brasileiras e 5 contratos indefinidos²¹. Isso leva a um percentual de mais de 62% de contratos celebrados com empresas estrangeiras, conforme apresentado na Tabela 7.

20 O art. 4º, *caput*, do Decreto nº 5.450, de 31 de março de 2005, determina que “nas licitações para aquisição de bens e serviços comuns será obrigatória a modalidade pregão, sendo preferencial a utilização da sua forma eletrônica”. Essa preferência pela forma eletrônica não é opcional, pois no §1º do art. 4º, esclarece que “o pregão deve ser utilizado na forma eletrônica, salvo nos casos de comprovada inviabilidade, a ser justificada pela autoridade competente”.

21 Dos 130 contratos obtidos em ME (2019a), 5 foram registrados sem informação sobre a empresa contratada, apenas disponibilizado o número do contrato e seu valor, sendo esses contratos celebrados pelo INPE e cujos número são: 24010650006202016, 24010650007502015, 24010650007702014, 24010650009202014 e 24010650010002016.

Tabela 7 - Número, valor e proporção de contratos decorrentes das licitações internacionais promovidas pela Administração Pública Federal, segundo nacionalidade das empresas contratadas - 2014-2018.

Nacionalidade	N	% total	Valor (em milhões R\$)	% total
Brasileira	43	33,08%	132,43	50,31%
Estrangeira	82	63,08%	128,87	48,96%
(indefinido)	5	3,85%	1,92	0,73%
Total	130	100,00%	263,22	100,00%

Fonte: (MINISTÉRIO DA ECONOMIA, 2019a)

Sob outra perspectiva, a do valor da contratação, a situação se torna mais equilibrada, e de certa forma inverte-se a preponderância estrangeira, pois as empresas estrangeiras celebraram um total de R\$ 128,87 milhões (48,96%) contra R\$ 132,43 milhões (50,31%) das empresas brasileiras, desconsiderando os R\$ 1,92 milhões (0,73%) das contratações indefinidas.

Uma outra perspectiva merece consideração: se o objeto da licitação trata de uma aquisição de bens ou de uma prestação de serviços. Conforme Tabela 8, a quantidade de aquisições de bens (128) é muito superior à quantidade de prestações de serviços (2), o que seria de se esperar em modalidades como a concorrência internacional, na qual, normalmente, se busca bens de origem estrangeira ou ampliação de concorrência em mercado nacional restrito.

Tabela 8 - Número, valor e proporção dos contratos resultantes das Licitações Internacionais no Brasil, promovidas pela Administração Pública Federal, segundo o tipo do objeto - 2014-2018.

Tipo do objeto	N	% total	Valor (em milhões R\$)	% total
Serviços	2	1,54%	110,62	42,03%
Bens (material)	128	98,46%	152,60	57,97%
Total	130	100,00%	263,22	100,00%

Fonte: (MINISTÉRIO DA ECONOMIA, 2019a)

Quando se trata de prestação de serviços, normalmente se encontra no mercado nacional diversas empresas aptas a prestá-lo, mesmo quando esses revestem-se de razoável complexidade. No entanto, no período da análise, percebe-se que os valores relativos às prestações de serviços foram consideráveis,

respondendo por 42,03% das contratações, notadamente desproporcional ao quantitativo de contratos, que é de apenas 1,54%.

A explicação para tal divergência está no objeto da prestação de serviços, em especial no contrato do Instituto Nacional de Pesquisas Espaciais. O contrato de mais de R\$ 95 milhões tem como objeto “a Contratação de serviços para o lançamento do Satélite Amazonia-1, do INPE [...]”. Como se sabe, serviços de lançamento de satélites são muito exclusivos e providos por empresas estrangeiras.

A adesão ao instituto da licitação internacional, além do aspecto das compras públicas realizadas, também precisa ser estudada pelos aspectos da produção doutrinária e jurisprudencial, como forma de compreender todo o cenário que envolve sua utilização.

A doutrina se desenvolve apenas no plano teórico, oferecendo valiosos subsídios ao legislador, na elaboração dos documentos legislativos. No mesmo sentido, exerce influência também sobre o costume, além de beneficiar o trabalho de advogados e juízes, pois, tanto a arte de postular em juízo quanto de julgar requerem conhecimento do Direito. Por fim, influencia o ensino nas Universidades, pois o instrumento básico dos estudantes são os livros e os códigos (NADER, 2014).

Em relação ao Direito Administrativo, a doutrina oferece conhecimento aos agentes públicos para que possam praticar os atos administrativos com maior segurança e fundamenta e suporta as decisões judiciais que formarão a jurisprudência de Direito Administrativo dos tribunais.

Apesar da evolução do estudo doutrinário e sua disponibilização em diversas plataformas eletrônicas, um breve levantamento de livros impressos, disponibilizados em 4 (quatro) grandes livrarias online do Brasil, revela a significativa diferença entre a quantidade de doutrina para o termo “Direito Administrativo”, para o termo “Licitações” e para o termo “Licitações Internacionais”, conforme Tabela 9.

Tabela 9 - Quantidade de livros sobre Direito Administrativo, licitações e licitações internacionais.

Livraria	Direito Administrativo ²²	Licitações ²²	Licitações Internacionais ²²
Saraiva	6.159	319	7
Cultura	980	363	5
Amazon	50.000	510	7
Cia dos Livros	1.827	144	4
Mediana	3.993	341	6

Fontes: (SARAIVA, 2019), (CULTURA, 2019), (AMAZON, 2019) e (CIA DOS LIVROS, 2019).

Mesmo sob outro prisma, um levantamento jurisprudencial das cortes federais acerca do tema “licitações internacionais” também revela pouca produção jurisprudencial, conforme demonstrado na Tabela 10.

Tabela 10 - Quantidade de jurisprudência federal existente sobre licitações internacionais.

Órgão	Acórdãos	Monocráticas	Total
STF	0	4 ²³	4
STJ	4	24	28
TRF-1	5	0 ²⁵	5
TCU	7	9	16
Total	16	37	53

Fonte: (STF, 2019)²³, (STJ, 2019)²⁴, (TRF1, 2019)²⁵ e (TCU, 2019)²⁶.

Delimitado o escopo nas licitações internacionais, e a partir da pouca utilização das licitações internacionais (Tabela 3) e da pouca produção doutrinária (Tabela 9) e jurisprudencial (Tabela 10), é possível inferir duas hipóteses: (a) que a quase ausência de doutrina sobre o tema “Licitações Internacionais” tem reflexo na pouca utilização das licitações internacionais e, consequentemente, na pouca produção jurisprudencial; ou (b) que a pouca utilização das licitações internacionais promove pouca jurisprudência e, portanto, torna-se um tema de pouco interesse doutrinário.

22 A consulta foi realizada de forma simples, utilizando os termos “direito administrativo”, “licitações” e “licitações internacionais”.

23 No portal do STF foi pesquisado o termo “licitaç\$ adj internaciona\$”, retornando apenas 4 decisões da presidência, sendo que 3 dizem respeito ao mesmo processo e 1 apenas menciona o termo em uma citação.

24 No portal do STJ foi pesquisado o termo “licitaç\$ adj internaciona\$”, retornando apenas 4 acórdãos e 24 decisões monocráticas.

25 No portal do TRF-1 foi pesquisado o termo “licitaç\$ adj internaciona\$” e, para o filtro da ementa, o termo “licitação internacional”, retornando apenas 5 acórdãos e 3 decisões monocráticas, sendo que estas últimas apenas mencionam o termo sem o processo se tratar de licitação internacional.

26 No portal do TCU foi pesquisado o termo “licitaç\$ adj internaciona\$.SUMARIO”, retornando apenas 7 acórdãos e 9 decisões monocráticas.

Diante de todos esses dados fáticos sobre as licitações internacionais, é possível deduzir a existência de fatores que promovem sua baixa utilização e a pouca doutrina e pouca jurisprudência a seu respeito. Nesse sentido, o surgimento do pregão eletrônico como forma mais célere de licitação e, em caso de bens e serviços comuns, modalidade obrigatória de escolha, é um dos fatores fundamentais, pois as modalidades exigidas para licitação internacional demandam processo mais complexo e lento. Com isso, a licitação internacional acabou por ficar mais afeta a objetos mais complexos, com escassez ou ausência de fornecedores no mercado nacional.

3.1.2 A lacuna normativa nas licitações no exterior e suas consequências

Devido às peculiaridades de cada país, a Lei de Licitações determinou que as licitações no exterior devem seguir apenas os princípios nela estabelecidos, delegando a uma regulamentação posterior o trato normativo das licitações no exterior (BRASIL, 1993). Porém, cada país tem sua própria forma de tratar contratações e organizar seu mercado, suas leis e sua justiça.

Assim, em relação às licitações no exterior, se torna muito complexo ou quase impossível realizar uma única regulamentação que abarque, em profundidade, nos moldes da Lei 8.666/93, as licitações no exterior, pois as regras que deverão regulamentar o art. 123 da Lei de Licitações devem se basear, exclusivamente, nos conceitos e regras jurídicas locais (BITTENCOURT, 2017).

Em função disso, até o presente momento, não existe a devida regulamentação da Lei 8.666/93 para as licitações no exterior, lacuna normativa que, conforme se verifica na Figura 4 e em BRASIL(2004b), afeta mais de duas centenas de representações do Brasil no exterior, sendo que cada repartição no exterior (ou o Ministério correspondente) estabeleceu seus próprios critérios de controle (BITTENCOURT, 2011).

No entanto, devido à discricionariedade desses regulamentos internos, pois são elaborados com base na conveniência do próprio Ministério, Força Armada ou repartição interessados, diversas representações são formuladas ao Tribunal de Contas da União, que tem enfrentado essa ausência de regulamentação do art. 123 da Lei 8.666/93, notadamente desde 1995, ou seja, menos de 2 anos após a edição

da Lei de Licitações, como pode ser observado na Decisão 9/1995-Plenário, de 15/03/1995:

O Tribunal Pleno, diante das razões expostas pelo Relator, DECIDE:
 1 - com relação ao Ministério das Relações Exteriores:
 1.1 - determinar:
 [...]

b) a adoção de providências para elaborar e submeter ao Senhor Presidente da República, no prazo de 120 dias, projeto de regulamentação prevista no art. 123 da Lei nº 8.666/93, também em coordenação com os Ministérios referidos no item anterior, e com o Ministério da Fazenda, Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado e demais Ministérios que possuam repartições próprias ou supervisionem entidades da administração indireta sediadas no exterior;

Essa determinação foi direcionada ao Ministério das Relações Exteriores, mas outras foram voltadas a outros órgãos, como para o Ministério da Defesa, no Acórdão 1126/2009-TCU-Plenário, marco em que o TCU, verificando a inércia da Administração em regulamentar o art. 123, passou a se posicionar da seguinte forma:

9.3. recomendar à Casa Civil da Presidência da República que efetue estudos com vistas à elaboração de projeto de regulamentação prevista no art. 123 da Lei nº 8.666/93, nos termos do Decreto nº 4.176/2002;
 9.4 recomendar ao Ministério da Defesa, que ao regulamentar o dispositivo legal acima mencionado, e ao Comando da Aeronáutica, até que sobrevenha a regulamentação definitiva da matéria, que avalie a possibilidade de, nas contratações de maior vulto, adotar medidas que ampliem a divulgação do certame licitatório, e, por conseguinte, a sua competitividade, de modo que acudam o maior número de interessados possíveis, não se restringindo à utilização das normas atinentes à modalidade convite, especialmente quanto ao número mínimo de convidados; (BRASIL, 2009)

Assim, as repartições no exterior mas, principalmente, as comissões militares de compras, buscaram adaptar seus procedimentos, como a publicação da licitação no Diário Oficial da União, em jornais de grande circulação no Brasil e no exterior, bem como no portal institucional da própria comissão, observando o princípio da publicidade, e o prazo de publicidade por períodos maiores que o definido para o convite no Brasil, atentando para o princípio da proporcionalidade, conforme o vulto e a complexidade do objeto, aproximando os prazos do procedimento no exterior aos procedimentos respectivos no Brasil, o que promove a ampla participação e a seleção da proposta mais vantajosa para a Administração.

Apesar disso, por vezes o TCU verifica fragilidades, além da necessidade de regulamentação, e tem reiterado suas decisões, ao longo de mais de 24 anos. Em pesquisa na jurisprudência do TCU, foram encontrados 22 julgados relacionados a não regulamentação do art. 123 da Lei de Licitações, envolvendo o Ministério das Relações Exteriores, Ministério da Defesa, Banco do Brasil, Embratur, Ministério da Justiça e Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, conforme Tabela 11.

Tabela 11 - Jurisprudência do TCU acerca da não regulamentação do art. 123 da Lei de Licitações.

Acórdão	Data da sessão	Processo
Acórdão 5113/2018 - Segunda Câmara	26/06/2018	033.808/2016-3
Acórdão 2674/2017 – Plenário	29/11/2017	009.207/2017-1
Acórdão 2372/2017 – Plenário	18/10/2017	009.207/2017-1
Acórdão 7248/2017 - Segunda Câmara	15/08/2017	033.808/2016-3
Acórdão 2633/2014 – Plenário	08/10/2014	030.960/2013-4
Acórdão 3138/2013 – Plenário	20/11/2013	031.179/2011-8
Acórdão de Relação 1147/2013 – Plenário	15/05/2013	031.179/2011-8
Acórdão 2177/2011 – Plenário	17/08/2011	017.822/2009-0
Acórdão 2520/2009 – Plenário	28/10/2009	004.070/2006-2
Acórdão 1126/2009 – Plenário	27/05/2009	029.656/2007-4
Acórdão 342/2006 – Plenário	22/03/2006	004.696/1998-0
Acórdão 822/2005 – Plenário	22/06/2005	007.507/2005-1
Acórdão 1787/2003 – Plenário	26/11/2003	007.312/2000-0
Acórdão 746/2003 – Plenário	25/06/2003	012.146/2002-4
Decisão 28/2002 - Segunda Câmara	19/02/2002	004.340/2001-9
Decisão 929/2001 – Plenário	07/11/2001	015.055/2001-3
Decisão 910/1999 – Plenário	08/12/1999	002.552/1999-0
Decisão 868/1998 – Plenário	09/12/1998	929.660/1998-6
Decisão 284/1997	14/05/1997	001.625/1997-7
Decisão 323/1995 – Plenário	12/07/1995	020.384/1994-7 006.728/1995-2
Decisão 9/1995 – Plenário	15/03/1995	020.991/1994-0

Fonte: (TCU, 2019)²⁷.

Assim, o que busca o TCU, enquanto o Executivo se omite em relação ao mandamento da Lei de Licitações, é a adoção de medidas adequadas para

²⁷ A pesquisa foi realizada na página de pesquisa textual do TCU, com os argumentos “Acórdãos” e “art. 123” (este entre aspas), retornando 182 itens, sendo apenas 22 referentes ao art. 123 da Lei nº 8.666/93.

promover ampla participação e o atendimento dos princípios da publicidade e da seleção da proposta mais vantajosa para a Administração.

Todavia, no Acórdão 2372/2017 – Plenário, o Tribunal cientificou o Comando da Aeronáutica que “a realização de licitação internacional, na modalidade convite, para contratações com custo total elevado, só é admissível, excepcionalmente, se os serviços e/ou aquisições tiverem que ser necessariamente executados em repartições federais sediadas no exterior, enquanto não houver regulamentação definitiva do disposto no art. 123 da Lei 8.666/1993”. Tal decisão, equivocada em todos os sentidos, causou a paralisação de todos os processos relevantes de licitação, em andamento em todas as comissões militares de compras. Isso se deve à natureza dessas comissões, que realizam a contratação de serviços e/ou aquisições de maior vulto para serem executados no Brasil, e não no exterior. Porém, por Embargos de Declaração opostos pela Advocacia-Geral da União, a situação foi revertida no Acórdão 2674/2017 – Plenário, onde o Tribunal manteve as recomendações de ampliar a divulgação da licitação e sua competitividade, de modo que sejam atingidos o maior número de interessados possíveis. Essas recomendações são pautadas fortemente pela utilização da modalidade convite pelas repartições no exterior, o que poderia restringir a competitividade, especialmente quanto ao número mínimo de convidados (BRASIL, 2017a).

Apesar das reiteradas recomendações e determinações da Corte de Contas, ultrapassados em quase 8 meses o prazo estabelecido na última determinação, contida no Acórdão 5113/2018 - Segunda Câmara, o art. 123 da Lei de Licitações segue sem a devida regulamentação (BRASIL, 2018).

A baixa adesão às licitações internacionais, a partir da comparação da modalidade concorrência nas duas abrangências, nacional e internacional, fica demonstrada, com consequente baixa produção doutrinária e jurisprudencial. A lacuna normativa gera consequências graves à segurança jurídica e aos princípios maiores que regem as licitações.

4 OS ESFORÇOS ATUAIS DE NORMATIZAÇÃO

Diante da lacuna normativa que perdura por décadas, dos reflexos negativos que essa produz, na forma de insegurança jurídica para a Administração e para os

administrados, bem como das recomendações e ultimato do Tribunal de Contas da União, a Administração se esforça para modernizar-se quanto as normas de licitações, regulamentar as licitações no exterior e ampliar os acordos de compras governamentais.

4.1 Um novo estatuto de licitações

Muitas alterações legislativas aconteceram no texto original da Lei nº 8.666/93, e o Projeto de Lei do Senado 163/1995, de autoria do Senador Lauro Campos do PT/DF, pretendia apenas ser mais uma delas, limitando-se a incluir, no art. 72, dois parágrafos tratando de obrigações da contratada em relação à subcontratação (BRASIL, 1995a).

Esse PLS, ao ser recepcionado pela Câmara dos Deputados, em 30 de novembro de 1995, sob a designação de Projeto de Lei nº 1.292/1995, recebeu 6 (seis) substitutivos, ao longo dos mais de 20 anos de tramitação, pois passou a receber dezenas de emendas e a aglutinar mais de uma centena de Projetos de Lei em tramitação na Câmara, que pretendiam fazer alterações diversas no texto da Lei nº 8.666/93. Um desses Projetos de Lei apensados merece destaque: o PL 6.814/2017 (BRASIL, 1995b).

Em 2017, após 22 anos da submissão do PLS 163/1995, o Senado Federal encaminhou à Câmara dos Deputados o Projeto de Lei do Senado nº 559/2013, de autoria da Comissão Temporária de Modernização da Lei de Licitações e Contratos (Lei nº 8.666/1993) e cuja ementa informa que “institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências”, que pretende estabelecer um novo marco legal de licitações e contratos administrativos, consolidando em seu texto e revogando as normas da lei nº 8.666/93, da Lei nº 10.520/2002 (Pregão) e 47 artigos da Lei nº 12.462/2011 (RDC) (BRASIL, 2013).

O PLS 559/2013 foi recepcionado como PL 6.814/2017²⁸, sendo apensado ao PL 1.292/1995 em 16/03/2018. Assim, com esse ato, o PL 1.292/1995, no teor de seu último substitutivo, passou a ser a proposição de um novo marco legal de licitações e contratos administrativos. Mesmo sendo a consolidação de dezenas de projetos de lei, emendas e substitutivos, ao ser submetido a plenário, em

28 (BRASIL, 2017c)

04/06/2019, foi alvo de mais 117 emendas, das quais 79 foram aprovadas, culminando em uma Subemenda Substitutiva Global²⁹, aprovada em 25/06/2019 e que, até a data de 3 de setembro de 2019, estava na situação de pronta para pauta no plenário (BRASIL, 1995b).

O texto da Subemenda Substitutiva Global (BRASIL, 2019b), no contexto das licitações internacionais, quando comparado à Lei nº 8.666/93, mostra-se com algumas melhorias, como um artigo específico para todas as definições, nessas incluídas a definição de licitação internacional, uma organização alterada, com as licitações internacionais em uma subseção específica, “Subseção V - Das Licitações Internacionais”, e algumas outras alterações relevantes que foram consolidadas na Tabela 12.

Tabela 12 - Comparação entre a Lei nº 8.666/93 e a SSG ao PL 1.292/1995 quanto ao tema licitações internacionais e no exterior.

Lei nº 8.666/93	SSG ao PL 1.292/1995
-	<p>Art. 6º Para os fins desta Lei consideram-se:</p> <p>[...]</p> <p>XXXV — licitação internacional: licitação processada em território nacional na qual se admite a participação de licitantes estrangeiros, com a possibilidade de cotação de preços em moeda estrangeira, ou licitação na qual o objeto contratual pode ou deve ser executado no todo ou em parte em território estrangeiro;</p>
<p>Art. 23</p> <p>§ 3º A concorrência é a modalidade de licitação cabível, qualquer que seja o valor de seu objeto, tanto na compra ou alienação de bens imóveis, ressalvado o disposto no art. 19, como nas concessões de direito real de uso e nas licitações internacionais, admitindo-se neste último caso, observados os limites deste artigo, a tomada de preços, quando o órgão ou entidade dispuser de cadastro internacional de fornecedores ou o convite, quando não houver fornecedor do bem ou serviço no País.</p>	(suprimido)
<p>Art. 32</p> <p>§ 4º As empresas estrangeiras que não funcionem no País, tanto quanto possível, atenderão, nas licitações internacionais, às exigências dos parágrafos anteriores mediante documentos equivalentes, autenticados pelos respectivos consulados</p>	<p>Art. 65</p> <p>§ 4º Serão aceitos atestados ou outros documentos hábeis emitidos por entidades estrangeiras, quando acompanhados de tradução para o português, salvo se comprovada a inidoneidade da entidade emissora.</p> <p>§ 7º Sociedades empresárias estrangeiras</p>

29 (BRASIL, 2019b)

Lei nº 8.666/93**SSG ao PL 1.292/1995**

e traduzidos por tradutor juramentado, devendo ter representação legal no Brasil com poderes expressos para receber citação e responder administrativa ou judicialmente.

atenderão à exigência prevista no inciso V do *caput* por meio da apresentação, no momento da assinatura do contrato, da solicitação de registro junto à entidade profissional competente no Brasil.

Art. 68

Parágrafo único. As empresas estrangeiras que não funcionem no País deverão apresentar documentos equivalentes, na forma de regulamento emitido pelo Poder Executivo federal.

Art. 53

§ 3º Nos leilões internacionais, o pagamento da parcela à vista poderá ser feito em até vinte e quatro horas.

(suprimido)

Art. 40

IX - condições equivalentes de pagamento entre empresas brasileiras e estrangeiras, no caso de licitações internacionais;

Art. 50

§ 5º As propostas de todos os licitantes estarão sujeitas às mesmas regras e condições, na forma estabelecida no edital.

Art. 42

§ 4º Para fins de julgamento da licitação, as propostas apresentadas por licitantes estrangeiros serão acrescidas dos gravames consequentes dos mesmos tributos que oneram exclusivamente os licitantes brasileiros quanto à operação final de venda.

Art. 50

§ 4º Os gravames incidentes sobre os preços constarão do edital e serão definidos a partir de estimativas ou médias dos tributos.

Art. 42

§ 5º Para a realização de obras, prestação de serviços ou aquisição de bens com recursos provenientes de financiamento ou doação oriundos de agência oficial de cooperação estrangeira ou organismo financeiro multilateral de que o Brasil seja parte, poderão ser admitidas, na respectiva licitação, as condições decorrentes de acordos, protocolos, convenções ou tratados internacionais aprovados pelo Congresso Nacional, bem como as normas e procedimentos daquelas entidades, inclusive quanto ao critério de seleção da proposta mais vantajosa para a administração, o qual poderá contemplar, além do preço, outros fatores de avaliação, desde que por elas exigidos para a obtenção do financiamento ou da doação, e que também não conflitem com o princípio do julgamento objetivo e sejam objeto de despacho motivado do órgão executor do contrato, despacho esse ratificado pela autoridade imediatamente superior.

Art. 1º

§ 3º Nas licitações e contratações que envolvam recursos provenientes de empréstimo ou doação oriundos de agência oficial de cooperação estrangeira ou de organismo financeiro de que o Brasil seja parte, podem ser admitidas:

I — condições decorrentes de acordos internacionais aprovados pelo Congresso Nacional ratificados pelo Presidente da República;

II — condições peculiares à seleção e à contratação, constantes de normas e procedimentos das agências ou dos organismos, desde que:

- a) sejam exigidas para a obtenção do empréstimo ou da doação;
- b) não conflitem com os princípios constitucionais em vigor;
- c) sejam indicadas no respectivo contrato de empréstimo ou doação e tenham sido objeto de parecer favorável do órgão jurídico do contratante do financiamento previamente à celebração do referido contrato;
- d) sejam objeto de despacho motivado pela autoridade superior da administração do financiamento.

Lei nº 8.666/93

SSG ao PL 1.292/1995

Art. 52

§ 3º Nos leilões internacionais, o pagamento da parcela à vista poderá ser feito em até vinte e quatro horas.

(suprimido)

Art. 55

§ 2º Nos contratos celebrados pela Administração Pública com pessoas físicas ou jurídicas, inclusive aquelas domiciliadas no estrangeiro, deverá constar necessariamente cláusula que declare competente o foro da sede da Administração para dirimir qualquer questão contratual, salvo o disposto no § 6º do art. 32 desta Lei.

Art. 90

§ 1º Nos contratos celebrados pela Administração Pública com pessoas físicas ou jurídicas, inclusive as domiciliadas no exterior, deverá constar cláusula que declare competente o foro da sede da Administração para dirimir qualquer questão contratual, ressalvadas as seguintes hipóteses:

Art. 32

§ 6º O disposto no § 4º deste artigo, no § 1º do art. 33 e no § 2º do art. 55, não se aplica às licitações internacionais para a aquisição de bens e serviços cujo pagamento seja feito com o produto de financiamento concedido por organismo financeiro internacional de que o Brasil faça parte, ou por agência estrangeira de cooperação, nem nos casos de contratação com empresa estrangeira, para a compra de equipamentos fabricados e entregues no exterior, desde que para este caso tenha havido prévia autorização do Chefe do Poder Executivo, nem nos casos de aquisição de bens e serviços realizada por unidades administrativas com sede no exterior.

Art. 90

§ 1º [...]

I - licitação internacional para a aquisição de bens e serviços cujo pagamento seja feito com o produto de financiamento concedido por organismo financeiro internacional de que o Brasil faça parte, ou por agência estrangeira de cooperação;

II — contratação com empresa estrangeira para a compra de equipamentos fabricados e entregues no exterior precedida de autorização do Chefe do Poder Executivo;

III — aquisição de bens e serviços realizada por unidades administrativas com sede no exterior.

Art. 50

§ 6º Observados os termos desta Lei, o edital não poderá prever condições de habilitação, classificação e julgamento que constituam barreiras de acesso ao licitante estrangeiro, admitida a previsão de margem de preferência para bens produzidos no País e serviços nacionais que atendam as normas técnicas brasileiras, na forma definida no art. 25.

Fonte: (BRASIL, 1993) e (BRASIL, 2019b).

Em relação às licitações no exterior, a Subemenda Substitutiva Global ao Substitutivo do PL 1.292/1995 apenas inovou na definição da competência, a ministro de Estado, para regulamentação específica das licitações no exterior, e no transporte do texto do art. 123 da Lei nº 8.666/93 para o seu art. 1º, §2º:

Art. 1º [...]

§2º As contratações realizadas no âmbito das repartições públicas sediadas no exterior obedecerão às peculiaridades locais e aos princípios básicos estabelecidos nesta Lei, na forma de regulamentação específica a ser editada por ministro de Estado. (BRASIL, 2019b)

Assim, apesar da Subemenda Substitutiva Global ao Substitutivo do PL 1.292/1995 apresentar uma melhor organização das normas, no que concerne às licitações internacionais e no exterior, não foram realizados grandes avanços, apenas uma positivação do que já se encontra consolidado na doutrina e na jurisprudência.

4.2 A regulamentação das licitações no exterior

A última determinação do TCU foi proferida na decisão contida no Acórdão 5113/2018 - Segunda Câmara, direcionada ao Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão:

9.2. determinar que, nos termos do art. 250, II, do RITCU, o Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão, no prazo de até 30 (trinta) dias contados da ciência desta deliberação, oriente os diversos ministérios dotados de repartições federais sediadas no exterior, a exemplo do Ministério da Defesa e do Ministério de Relações Exteriores, entre outros, para que, no prazo de até 120 (cento e vinte) dias contados da ciência desta deliberação, editem o correspondente ato normativo para a interna regulamentação do art. 123 da Lei nº 8.666, de 1993, submetendo o aludido ato de regulamentação interna à Casa Civil da Presidência da República, por intermédio da Advocacia-Geral da União, com o intuito de os respectivos atos normativos serem aprovados por decreto do Poder Executivo, em sintonia com os arts. 84, IV, e 87, II, da CF88 e com as diversas manifestações do TCU (v. g.: Acórdão 3.138/2013-TCU-Plenário, entre outros), de sorte que a devida regulamentação para as licitações conduzidas pelas diversas repartições federais no exterior traga não apenas maior publicidade e transparência às aquisições e às alienações promovidas no exterior, permitindo o pleno exercício dos controles interno e externo, além do controle social, mas também maior estabilidade e segurança jurídica aos atos praticados pelos diversos agentes públicos, evitando a reiterada modificação dos diversos procedimentos de licitação pela mera decisão interna de alguns poucos agentes públicos em cada ministério; (BRASIL, 2018)

Esse Acórdão, parte do processo TC-033.808/2016-3, originário de uma denúncia do Ministério Público Militar, resultou na determinação ao MPDG para

propor Decreto visando a regulamentar o art. 123 da Lei nº 8.666/1993, nos termos do Acórdão nº 7248/2017–TCU–2ª Câmara.

Para atendimento ao Acórdão, o Ministro da Defesa baixou a Portaria nº 2.774/GM-MD, de 25 de julho de 2018, publicada no DOU³⁰, instituindo no âmbito do Ministério da Defesa, Grupo de Trabalho para elaborar proposta de decreto a ser encaminhada à Casa Civil da Presidência da República visando a regulamentar o art. 123 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, sendo o Grupo de Trabalho composto por representantes da Secretaria Geral do próprio Ministério, do Estado-Maior Conjunto das Forças Armadas, da Consultoria Jurídica e das três Forças Armadas, com prazo de 60 dias, prorrogável por mais 30 dias, para conclusão dos trabalhos.

Com o resultado do Grupo de Trabalho, o Ministério da Defesa instruiu, em 25/10/2018, o processo NUP 60311.000541/2018-93³¹ para tramitação da proposição pelas áreas competentes do ministério e, em 18/12/2018, o Gabinete do Ministro da Defesa encaminhou ao Ministério do Planejamento a Exposição de Motivos Interministerial (EMI) com a proposta de Decreto para regulamentar o art. 123 da Lei nº 8.666/1993.

No entanto, em razão da nova estrutura do Governo Federal, implementada pela Medida Provisória nº 870/19 (que já foi transformada na Lei nº 13.844, de 18 de junho de 2019, alterada pela Medida Provisória nº 886/19), a EMI foi resgatada no Sistema de Geração e Tramitação de Documentos Oficiais do Governo Federal (SIDOF), em 18/01/2019, para reapresentação aos setores envolvidos.

Após nova rodada de análises, em 17/04/2019, o Ministro da Defesa encaminhou a EMI nº 00074/2019/MD/ME que submeteu à consideração do Presidente da República a nova proposta de Decreto para regulamentar o disposto no art. 123 da Lei nº 8.666/93. Cumpre ressaltar que esse Decreto foi elaborado em articulação com o Ministério da Economia e com os Comandos das Forças

30 A página do Diário Oficial da União que publicou a Portaria nº 2.774/GM-MD, de 25 de julho de 2018, está disponível em <http://pesquisa.in.gov.br/imprensa/jsp/visualiza/index.jsp?data=30/07/2018&jornal=529&pagina=5&totalArquivos=60>. Acesso em: 1 set. 2019.

31 A tramitação do processo NUP 60311.000541/2018-93 pode ser acessada em https://protocolointegrado.gov.br/Protocolo/documento/detalhes_documento.jsf?protocolo=60311000541201893.

Singulares, portanto, abrangendo apenas os órgãos do Ministério da Defesa e dos Comandos da Marinha, do Exército e da Aeronáutica sediados no exterior.

A dificuldade em se regulamentar as licitações no exterior, devido às peculiaridades locais de cada unidade sediada no exterior, ficou aparente na redação do Decreto que, por esse motivo, não adentrou em qualquer especificidade do procedimento licitatório. Limitou-se a relacionar algumas peculiaridades locais genéricas, determinar que as unidades mantenham cadastro de fornecedores atualizado, definir a preferência pela modalidade de convite (podendo o titular do órgão definir outra modalidade), definir que os prazos de licitação e contratação serão os mesmos previstos na Lei nº 8.666/93 (para a modalidade escolhida), permitir que se realizem pregão eletrônico e registro de preços caso viáveis e a regular a dispensa de licitação, essas em valores bem mais altos que no Brasil.³²

A proposta de Decreto também delega ao Ministro da Defesa e aos Comandantes das Forças Singulares a edição, no respectivo âmbito de atuação, de atos complementares necessários à aplicação do Decreto. Assim, em linhas gerais, por ter tratado apenas superficialmente do problema, sendo de certa forma omissa, a proposta de Decreto deixou a regulamentação do art. 123 da Lei nº 8.666/93 às autoridades responsáveis pelas repartições no exterior.

4.3 Acordos internacionais de compras governamentais

O Brasil é membro da Organização Mundial do Comércio (OMC) desde 1º de janeiro de 1995, e um membro do Acordo Geral de Tarifas e Comércio (da sigla em inglês GATT) desde 30 de julho de 1948.

No âmbito da OMC, foi concebido o Acordo para Compras Governamentais (da sigla em inglês GPA) com a finalidade de garantir condições de competição justas, transparentes e não-discriminatórias para compras de bens, serviços e obras, por entidades públicas cobertas pelo Acordo (WTO, 2019a).

³² Os valores para dispensa começam em USD 10,000.00 para despesas de manutenção e funcionamento das próprias unidades no exterior, passando por USD 100,000.00 para as despesas de atendimento das necessidades das unidades no Brasil ou em operação no Exterior, USD 300,000.00 para combustíveis, lubrificantes e graxas para os meios militares em operação no exterior, e terminando em USD 1,000,000.00 para os projetos prioritários da Defesa (inseridos na Estratégia Nacional de Defesa) ou relacionados à inovação, à pesquisa científica, à capacitação tecnológica e ao alcance da autonomia tecnológica na área de defesa brasileira.

O GPA está em vigor desde 1994, na sua versão original, e desde 2014, em versão revisada, e conta com 46 países signatários, incluindo todos os membros da União Europeia, Japão, Canadá e Estados Unidos da América, 10 países em processo de adesão, dentre eles Austrália, China e Rússia, e 19 países observadores, incluindo Argentina, Chile, Colômbia e Índia (MINISTÉRIO DA ECONOMIA, 2017).

O GPA apresenta alguns elementos que merecem destaque:

Garantia de tratamento nacional e não discriminação contra fornecedores de países signatários do acordo em bens e serviços cobertos, segundo as listas de compromisso de cada país signatário;

Requisitos de transparência para o processo licitatório, incluindo a publicidade de leis e regulamentos relacionados a contratações públicas;

Possibilidade de tratamento especial e diferenciado para países em desenvolvimento (na forma de um período de transição, a ser negociado durante a adesão de cada país, para o cumprimento das obrigações de não praticar compensações/offset e de eliminar margens de preferência, por exemplo); e

Uma exceção geral ao âmbito de aplicação do acordo para defesa/segurança nacional (Art. III.1), bem como exceções para outras medidas (Art. III.2) necessárias para proteger a ordem, a moral, a segurança pública, a vida e a saúde de humanos, animais e plantas, a propriedade intelectual, entre outras, desde que as medidas não discriminem de forma arbitrária ou injustificada o fornecedor estrangeiro (MINISTÉRIO DA ECONOMIA, 2017).

Desde 18 de outubro de 2017, o Brasil tem status de observador, no que diz respeito ao GPA, nessa situação, por não ser parte do acordo, não se obriga aos seus termos (WTO, 2019b).

O Ministério da Economia (2017) apresentou algumas vantagens da adesão do Brasil como observador no momento em que pleiteou tal adesão:

- Sinal à comunidade internacional de que o Brasil quer se aproximar das melhores práticas internacionais;
- Acesso aos documentos e reuniões do Comitê que trata do tema na OMC, com a possibilidade de conhecer a fundo as posições dos demais membros;
- A ausência de custos para participação;
- Na condição de observador, o acordo não impõe quaisquer restrições às políticas do Brasil na área.

A adesão por parte do Brasil ao GPA, dentro dos termos estipulados na cobertura, permitiria uma regulamentação básica de todas as licitações internacionais e no exterior, de forma padronizada internacionalmente, facilitando a participação de empresas de diversos países nas licitações promovidas pelo Governo Brasileiro, tanto em território nacional quanto no exterior.

Como informado na página de explicações sobre a GPA³³, a adesão não implica que todas as licitações de todos os órgãos do governo deveriam seguir os termos do acordo, pois existem 7 anexos que delimitam o âmbito de aplicação da GPA:

- **Anexo 1:** as entidades do governo central cujas aquisições serão cobertas pelo Acordo;
- **Anexo 2:** as entidades governamentais desconcentradas cujas aquisições serão cobertas pelo Acordo;
- **Anexo 3:** todas as outras entidades cujas aquisições serão cobertas pelo Acordo;
- **Anexo 4:** os bens abrangidos pelo Acordo;
- **Anexo 5:** os serviços, que não serviços de construção, abrangidos pelo Acordo;
- **Anexo 6:** os serviços de construção abrangidos pelo Acordo; e
- **Anexo 7:** quaisquer Notas Gerais.

Mesmo com a regulamentação do art. 123, a adesão ao GPA, por possuir termos globais, amplamente conhecidos, permitiria uma padronização internacional de procedimentos, o que traria benefícios imediatos em relação à ampla participação de empresas estrangeiras nas licitações internacionais.

O maior problema a ser enfrentado é em relação ao mercado doméstico, pois a adesão do Brasil ao GPA influenciaria, não apenas as licitações internacionais, mas, também, as licitações nacionais, pois dela podem participar as empresas estrangeiras sediadas no Brasil. A adesão ao GPA implicaria em conflito de normas com as leis que conferem privilégios aos produtos e empresas nacionais,

33 ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO (OMC). Acordo de Compras Governamentais: agenda de Cobertura. Disponível em: https://www.wto.org/english/tratop_e/gproc_e/gp_app_agree_e.htm. Acesso em: 2 set. 2019.

como o afastamento do processo licitatório e a aplicação da margem de preferência (NASCIMENTO, 2014).

Monassa (2013) conclui, a *contrario sensu* desse entendimento, que as regras previstas no ordenamento jurídico brasileiro já seriam eficazes para igualar os participantes nacionais e estrangeiros, tornando desnecessário ou mesmo carecendo de interesse a adesão do Brasil ao GPA, pois “não haveria óbices à participação de estrangeiros nos processos de compras nacionais” (MONASSA E LEONELLI, 2013).

Em que pese existir elemento na GPA que permita um período de transição, para países em desenvolvimento, que deve ser negociado durante a adesão de cada país, período esse em que não seria exigido o cumprimento das obrigações de não praticar compensações/offset e de eliminar margens de preferência, há o direito ao desenvolvimento³⁴ a ser considerado, não no sentido de que se restringe a um direito de prestação positiva por parte dos países desenvolvidos, mas de um direito positivo a ser realizado pelo próprio Estado, por meio de políticas públicas domésticas (NASCIMENTO, 2014).

A adesão ao GPA está longe de ser a única forma de atrair empresas estrangeiras para o mercado brasileiro e de fomentar a participação de empresas brasileiras no mercado estrangeiro. Existem diversos acordos em andamento³⁵, inclusive no âmbito do Mercado Comum do Sul (Mercosul), para acesso tanto ao mercado dos países membros, quanto desses países a mercados bilionários na Europa.

Com mais de duas décadas de existência, o Mercosul é a mais abrangente iniciativa de integração regional da América Latina, sendo membros fundadores o Brasil, a Argentina, o Paraguai e o Uruguai, signatários do Tratado de Assunção de 1991 (MERCOSUL, 2019).

Apesar de ter mais de duas décadas de existência, uma grave distorção existia no âmbito do Mercosul, em relação a práticas, no mínimo antiéticas,

34 Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento da Organização das Nações Unidas – ONU (1986).

35 Segundo a Confederação Nacional da Indústria, dos 1.220 acordos assinados de março de 1985 a junho de 2019, 445 nunca entraram em vigor.

realizadas pela Argentina, que admite que produtos beneficiados pelo *drawback*³⁶ sejam exportados para países membros do Mercosul, prática que era vedada no Brasil. Assim, as empresas brasileiras ficavam seriamente prejudicadas frente a empresas Argentinas, pois não podiam exportar para países do Mercosul produtos que tivessem se beneficiado do *drawback* (GUIMARÃES, 1997).

A solução para esse problema foi um tanto inusitada, pois no lugar de se exigir da Argentina uma prática ética, foi editada, no âmbito do Conselho de Mercado Comum do Mercosul, a Decisão nº 24/2015, incorporada ao Acordo de Complementação Econômica nº 18, por protocolo adicional de 16/07/2015³⁷, que autorizou, no art. 1º da decisão, os Estados Partes à prática de *drawback* para comércio intrazona até 31/12/2023.

O protocolo de contratações públicas do Mercosul³⁸, permite que empresas brasileiras, argentinas, paraguaias e uruguaias participem, em condições de igualdade, de licitações públicas realizadas por governos dos quatro países, foi assinado em dezembro de 2017, incorporando a Decisão nº 37/17 do Conselho de Mercado Comum do Mercosul. Esse protocolo tem muitas semelhanças com a estrutura e cláusulas do GPA, porém voltado aos países membros do Mercosul.

Foi concluído, também, dia 23/08/2019, as negociações do acordo de livre comércio entre o Mercosul e a Associação Europeia de Livre Comércio (EFTA), bloco integrado por Suíça, Noruega, Islândia e Liechtenstein. O acordo estabelece diversos compromissos, incluindo compras governamentais, ampliando o acesso de produtos e serviços brasileiros a um mercado que possui um PIB de US\$ 1,1 trilhão (MINISTÉRIO DA ECONOMIA, 2019c).

Todos os acordos de compras governamentais celebrados pelo Brasil e incorporados ao seu ordenamento jurídico, de certa forma, acabam por regulamentar aspectos das licitações nacionais, internacionais e no exterior. Esse efeito pode ajudar, quando a legislação pátria é inexistente ou omissa, porém pode trazer

36 Segundo Guimarães (1997), *drawback* é uma não-incidência de imposto quando uma mercadoria entra e sai do território aduaneiro, mesmo que tenha entrado para incorporar-se ao outra mercadoria. Assim, se uma mercadoria entra no Brasil para ser em seguida exportada, ela pode se beneficiar, a critério da autoridade aduaneira, do *drawback*, pois ingressou no território aduaneiro para ser efetivamente utilizada fora dele.

37 Internalizado no Brasil pelo Decreto nº 9.072 de 2 de junho de 2017.

38 Disponível em: http://www.mdic.gov.br/images/REPOSITORIO/secex/deint/cgtm/DEC_037-2017_PT_Protocolo-de-Contrataes-Pblicas.cleaned.docx.pdf. Acesso em: 2 set. 2019.

consequências consideráveis caso as normas de direito internacional e de direito interno não estejam harmônicas entre si.

Neste capítulo final, foi tratada da ausência de regulamentação da licitação no exterior e os reflexos decorrentes dessa omissão estatal, como a necessidade da Corte de Contas, em seus julgamentos, reiterar recomendações acerca da matéria aos órgãos que possuem repartições sediadas no exterior. Por fim, foram destacados os esforços atuais de regulamentação das licitações no exterior, como a adesão ao GPA poderia promover maior participação de empresas estrangeiras nas licitações nacionais, internacionais e no exterior, bem como ressaltando os acordos em andamento no âmbito do Mercosul.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O objetivo deste trabalho foi propiciar a compreensão da licitação internacional, realizada no Brasil ou no exterior, incluindo sua utilização e os esforços atuais para sua regulamentação.

Inicialmente foi realizado o estudo conceitual da licitação internacional, percorrendo o instituto da licitação em si, a licitação internacional realizada no Brasil e a licitação internacional realizada no exterior.

Na compreensão da licitação em si, foram abordados os princípios que regem a licitação, em seguida as modalidades permitidas de licitação foram analisadas, as quais estabelecem maior ou menor formalidade e complexidade no processamento da licitação. Nesse momento, foi possível constatar que a modalidade pregão na forma eletrônica responde por 99,41% de todas as licitações realizadas pela Administração Pública Federal nos últimos seis anos, apesar de ser a modalidade e forma mais recente. Tal supremacia é decorrente da obrigatoriedade do uso do pregão, preferencialmente na forma eletrônica, para aquisição e contratação de bens e serviços comuns. Respalda esse mandamento normativo as facilidades do pregão eletrônico, sua agilidade e sua aplicabilidade independente do valor estimado da contratação, ou seja, o pregão eletrônico é aplicável, quando se tratar de bens e serviços comuns, em substituição ao convite, à tomada de preços e à concorrência.

Para conclusão do estudo conceitual da licitação internacional, foi tratada a abrangência em que podem ser realizadas as licitações (nacional, internacional e no exterior), as interfaces do Direito Interno com o Direito Internacional e os reflexos causados nas licitações internacionais, bem como foi constatado que a concorrência internacional, modalidade mais utilizada de licitação internacional, responde apenas por 4,56% do total de concorrências realizadas pela Administração Pública Federal, o que reforça a tese da baixa utilização do instituto. Terminando o capítulo com a verificação das licitações no exterior e as consequências da ausência de regulamentação das mesmas, o que leva a Corte de Contas a buscar reiteradamente, em seus julgamentos, realizar recomendações acerca da matéria aos órgãos que possuem repartições no exterior.

Ao tratar do instituto da licitação, com ênfase em seus princípios, pois norteiam toda a interpretação das normas relativas à matéria, em especial aquelas que regem as licitações internacionais, percebe-se que os princípios são ainda mais importantes para as licitações no exterior, pois na ausência de normas regulamentadoras, apenas os princípios existem para balizar seu processamento ou o surgimento de normas paralelas, assim entendidas aquelas expedidas diretamente pelos órgãos que possuem repartições no exterior.

A baixa adesão ao instituto da licitação internacional tem como um dos fundamentos a ampla utilização do pregão na forma eletrônica, além da pouca doutrina sobre a matéria, no entanto, ainda não é possível verificar se a barreira do idioma estrangeiro também é um fator importante para essa baixa adesão.

Em relação às licitações no exterior, a ausência de regulamentação do instituto provoca a regulamentação paralela, que acaba por fragilizar o instituto em si, provocando crescentes representações ao Tribunal de Contas e reiteradas recomendações acerca da matéria aos órgãos que possuem repartições no exterior.

A nova lei de licitações em tramitação, apesar de apresentar uma melhor organização das normas, além da permissão de regulamentação das licitações no exterior por Ministro de Estado, não foram realizados grandes avanços em relação às licitações internacionais, apenas uma positivação do que já se encontra consolidado na doutrina e na jurisprudência.

Os esforços de regulamentação das licitações no exterior ficaram mais promissores a partir da determinação do Tribunal de Contas da União, com prazo estabelecido para cumprimento. No entanto, a proposta de Decreto encaminhada pelo Ministro da Defesa ao Presidente da República ficou longe de resolver os problemas apontados pelo TCU, pois não abordou questões essenciais como:

a) os prazos da modalidade convite que, diante da possibilidade de utilização dessa modalidade para qualquer valor de licitação no exterior, mostram-se desproporcionais; e

b) a obrigação de se ampliar o convite para um número maior de empresas, não se limitando ao mínimo legal de 3 (três) convidados, em que pese ter previsto a publicação do edital na página Internet do órgão.

Além dessa regulamentação, existe a possibilidade do Brasil aderir à GPA, promovendo uma padronização das licitações em termos mundiais, o que poderia promover maior segurança para a participação de empresas estrangeiras nas licitações nacionais, internacionais e no exterior, porém, a legislação brasileira teria que ser modificada, retirando-se os privilégios aos produtos e empresas nacionais, com potencial prejuízo dessas, caso não consigam, durante o período de transição da GPA, se equiparar, em competitividade, às empresas estrangeiras.

Apesar de não esgotar o tema, a presente pesquisa sinaliza problemas, alternativas e desafios que os certames licitatórios com participação de empresas estrangeiras representam, principalmente em um contexto em que o Brasil busca cada vez mais sua inserção no mercado global.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. 627 p. ISBN 978-85-742-0872-5.

AMAZON Serviços de Varejo do Brasil LTDA. **Livros na Amazon.com.br**: para quem ama livros e ofertas. Página de pesquisa de livros da Amazon.com.br. São Paulo: 2019. Disponível em: https://www.amazon.com.br/Livros/b/?ie=UTF8&node=6740748011&ref_=topnav_storetab_b. Acesso em: 8 jun. 2019.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 26. ed. / rev. e atual. até a Emenda Constitucional 57, de 18.12.2008. São Paulo: Malheiros, 2009. 1063 p.

BITTENCOURT, Sidney. **Licitações Internacionais**: considerando a Lei Brasileira: Lei nº 8.666/93 e as Regras Estabelecidas Pelo Banco Mundial - BIRD. 3. ed. São Paulo: Fórum, 2011. 200 p. ISBN 978-85-770-0473-7.

BITTENCOURT, Sidney. **Licitação passo a passo**: comentando todos os artigos da Lei nº 8.666/93 totalmente atualizada. 9. ed. rev. ampl. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2017. 836 p. ISBN 978-85-450-0318-2.

BRASIL. Decreto nº 72.021, de 28 de março de 1973. Discrimina os Órgãos cujos cargos, funções ou atividades, desempenhados nas condições da Lei de Retribuição no Exterior, se consideram permanentes. **Diário Oficial da União [da] República Federativa do Brasil**: Brasília, DF, p. 3127. 29 mar. 1973.

BRASIL. [Lei de Licitações e Contratos Administrativos]. Lei nº 8.666, de 21 de julho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. **Diário Oficial da União [da] República Federativa do Brasil**: Brasília, DF, seção 1, ano 131, n. 116, p. 8269, 22 jun. 1993.

BRASIL. [Lei do Pregão]. Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002. Institui, no âmbito da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, nos termos do art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, modalidade de licitação denominada pregão, para aquisição de bens e serviços comuns, e dá outras providências. **Diário Oficial da União [da] República Federativa do Brasil**: Brasília, DF, seção 1, ano 139, n. 137, p. 1, 18 jul. 2002.

BRASIL. Decreto nº 5.294 de 1º de Dezembro de 2004. Fixa a lotação dos Adidos, Adjuntos e Auxiliares de Adidos Militares junto às representações diplomáticas no exterior, e dá outras providências. **Diário Oficial da União [da] República Federativa do Brasil**: Brasília, DF, seção 1, ano 141, n. 231, p. 3, 2 dez. 2004.

BRASIL. [Decreto do Pregão Eletrônico]. Decreto nº 5.450, de 31 de maio de 2005. Regulamenta o pregão, na forma eletrônica, para aquisição de bens e serviços comuns, e dá outras providências. **Diário Oficial da União [da] República Federativa do Brasil**: Brasília, DF, seção 1, ano 142, n. 103, p. 5, 1 jun. 2005.

BRASIL. Decreto nº 6.702, de 18 de dezembro de 2008. Regulamenta o art. 3º da Lei no 11.732, de 30 de junho de 2008, e institui normas e procedimentos aplicáveis às licitações internacionais promovidas por pessoas jurídicas de direito privado do setor privado. **Diário Oficial da União [da] República Federativa do Brasil**: Brasília, DF, seção 1, ano 145, n. 247, p. 4, 19 dez. 2008.

BRASIL. Tribunal de Contas da União (Plenário). **Acórdão 1126/2009**. Denúncia anônima. Conhecimento como representação. Supostas irregularidades em licitação realizada no exterior. Comissão Aeronáutica Brasileira em Washington (CABW). Aquisição de aeronave cujas partes foram retiradas para utilização em outra. Valor da aquisição superior à modalidade licitatória utilizada. Diligência. Justificativas acolhidas. Necessidade de regulamentação das licitações e contratos realizadas por repartições sediadas no exterior. Representação improcedente. Determinações. Brasília: 2009. Relator: Min. Benjamin Zymler, 27 de maio de 2009. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*/KEY:ACORDAO-COMPLETO-2134163/DTRELEVANCIA%20desc/0/sinonimos%3Dfalse. Acesso em: 12 jun. 2019.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Texto constitucional promulgado em 5 de outubro de 1988, com as alterações adotadas pelas Emendas Constitucionais nº 1/1992 a 99/2017, e pelas Emendas Constitucionais de Revisão nº 1 a 6/1994. Brasília, DF: Presidência da República, [2017]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 9 mar. 2019.

BRASIL. Tribunal de Contas da União (Plenário). **Acórdão 2674/2017**. Embargos de declaração. Comando da Aeronáutica. Utilização de convite em licitação realizada por comissão aeronáutica sediada na Europa. Observância do previsto na jurisprudência do Tribunal sobre a matéria. Conhecimento. Provimento. Insustentabilidade de item do Acórdão combatido. Brasília: 2017a. Relator: Marcos Bemquerer, 29 de novembro de 2017. Disponível em: <https://contas.tcu.gov.br/pesquisaJurisprudencia/#/detalhamento/11/920720171.PROC/%2520DTRELEVANCIA%2520desc%2520C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/false/2/false>. Acesso em: 25 mai. 2018.

BRASIL. **Projeto de Lei 6814/2017**. Institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e revoga a Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, a Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002, e dispositivos da Lei nº 12.462, de 4 de agosto de 2011. Brasília: 2017c. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2122766>. Acesso em: 9 jun. 2019.

BRASIL. Tribunal de Contas da União (2. Câmara). **Acórdão 5113/2018**. Pedido de reexame interposto pela AGU contra determinação para que o Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão oriente ministérios com repartições federais sediadas no exterior a editarem regulamentos para o art. 123 da lei 8.666/1993 e encaminharem os atos à Casa Civil da Presidência da República, por intermédio da Advocacia-Geral da União, com o intuito de aprovação por decreto do Poder Executivo. Conhecimento do recurso. Alegação de inviabilidade técnica superada em decisões precedentes. Ausência de determinação para que o próprio Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão edite os atos ou para que o Presidente da República os aprove por Decreto. Modo de cumprimento de

deliberação diz respeito a processo de monitoramento. Provimento negado. Brasília: 2018. Relator: Min. José Mucio Monteiro, 26 de junho de 2018. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/%2522art.%2520123%2522/NUMACORDAO%253A5113%2520ANOACORDAO%253A2018%2520COLEGIADO%253A%2522Segunda%2520C%25C3%25A2mara%2522/DTRELEVANCIA%20desc,%20NUMACORDAOINT%20desc/0/%20?uuid=f1fe96a0-8d73-11e9-a0a3-a10511c1fb0b>. Acesso em: 12 jun. 2019.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei 1292/1995**. Altera a lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, que regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Brasília: 1995b. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=16526&ord=1>. Acesso em: 3 set. 2019.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Inteiro Teor da Subemenda Substitutiva Global do Substitutivo ao Projeto de Lei nº 1.292, de 1995**. Estabelece normas gerais de licitação e contratação para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios e revoga a Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, a Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002, e dispositivos da Lei nº 12.462, de 4 de agosto de 2011. Brasília: 2019b. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1760004&filename=PEP+1+PL129295+%3D%3E+PL+1292/1995. Acesso em: 9 jun. 2019.

BRASIL. Governo Federal. **API de Compras Governamentais**: módulo de licitações - métodos de licitações. Possibilita a obtenção de dados sobre as Licitações realizadas pelo Governo Federal. Brasília: 2019a. Disponível em: <http://compras.dados.gov.br/docs/licitacoes/v1/licitacoes.html>. Acesso em: 31 ago. 2019.

BRASIL. Ministério da Defesa. Portaria Normativa nº 531/MD, de 21 de maio de 2004. Dispõe sobre as Comissões Militares de Aquisição no Exterior, suas competências e dá outras providências. **Diário Oficial da União [da] República Federativa do Brasil**: Brasília, DF, seção 1, ano 141, n. 98, p. 10, 24 mai. 2004.

BRASIL. Senado Federal. **Projeto de Lei do Senado nº 163, de 1995**. Altera a Lei 8666, de 21 de junho de 1993, que 'Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências'. Brasília: 1995. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/1489>. Acesso em: 9 jun. 2019.

BRASIL. Senado Federal. **Projeto de Lei do Senado nº 559, de 2013**. Institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Estabelece normas gerais de licitações e contratos administrativos no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Revoga a Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993 (Lei das Licitações), a Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002 (que instituiu a modalidade de pregão nas licitações) e os arts. 1 a 47 da Lei nº 12.462, de 4 de agosto de 2011 (Regime Diferenciado de Contratações – RDC). (Projeto da nova lei de licitações, da Comissão Temporária de modernização da Lei

de Licitações e Contratos). Brasília: 2013. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/115926>. Acesso em: 9 jun. 2019.

CASTRO, H. B. de. **As licitações internacionais no ordenamento jurídico brasileiro, com ênfase na observância do princípio da competitividade**. 2002. 191 f. Dissertação (Mestrado em Direito)—Universidade Católica de Brasília, Brasília, 2002.

CIA DOS LIVROS. **Livraria Online com mais de 200 mil livros | Cia. dos Livros**. Portal da Cia dos Livros. Itapevi: 2019. Disponível em: <https://www.ciadoslivros.com.br/busca>. Acesso em: 8 jun. 2019.

CONGRESSO BRASILEIRO DE CUSTOS, 13., 2006, Belo Horizonte. **Anais [...]**. Belo Horizonte: Associação Brasileira de Custos, 2006. 16 p. Tema: Inovação na gestão de compras públicas: o pregão eletrônico. Inclui bibliografia.

GIL, Antonio Carlos. **Como elaborar projetos de pesquisa**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2018. 171 p. ISBN 978-85-970-1292-7.

GRAU, Eros Roberto. Concorrência, execução de serviços, empresa estrangeira, qualificação, irregularidade, proposta, preço, cotação, moeda estrangeira, impossibilidade. **Boletim de Licitações e Contratos**, São Paulo: Editora NDJ, v. 5, n. 11, p. 427-435, nov. 1992.

GUIMARÃES, Marco Antônio Miranda. **Concorrências e licitações no Mercosul**. 1. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. 84 p.

ITAMARATY - Ministério das Relações Exteriores. **Relações Bilaterais**. Página contendo as representações brasileiras no exterior. Brasília: 2019. Disponível em: <http://www.itamaraty.gov.br/pt-BR/relacoes-bilaterais>. Acessado em: 10 jun. 2019.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 7. ed. São Paulo: Dialética, 2000. 735 p.

Livraria CULTURA S/A. **Livraria Cultura**: Livros, Filmes, Música, TVs, Smartphones e mais. Portal da Livraria Cultura. São Paulo: 2019. Disponível em: <https://www.livrariacultura.com.br/>. Acesso em: 8 jun. 2019.

MARRARA, T.; CAMPOS, C. S. Licitações internacionais: regime jurídico e óbices à abertura do mercado público brasileiro a empresas estrangeiras. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 275, p. 155-187, maio/ago. 2017.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 42. ed. São Paulo: Malheiros, 2016. 968 p. ISBN 978-85-392-0319-2.

MERCOSUL. **Saiba mais sobre o MERCOSUL**. Brasília: 2019. Disponível em: <http://www.mercosul.gov.br/saiba-mais-sobre-o-mercosul>. Acesso em: 2 set. 2019.

MINISTÉRIO DA ECONOMIA (ME). **Camex aprova solicitação de ingresso do Brasil como observador no Acordo de Compras Públicas (GPA)**. Brasília: 2017. Disponível em: <http://www.fazenda.gov.br/noticias/2017/agosto/camex-aprova->

solicitacao-de-ingresso-do-brasil-como-observador-no-acordo-de-compras-publicas-gpa. Acesso em: 2 set. 2019.

MINISTÉRIO DA ECONOMIA (ME). **Conclusão das negociações do acordo de livre comércio entre o Mercosul e a EFTA**. Brasília: 2019. Disponível em: <http://www.economia.gov.br/area-de-imprensa/notas-a-imprensa/2019/08/conclusao-das-negociacoes-do-acordo-de-livre-comercio-entre-o-mercosul-e-a-efta>. Acesso em: 2 set. 2019.

MINISTÉRIO DA ECONOMIA (ME). **Painel de Compras do Governo Federal**. Desenvolvido pelo Ministério da Economia. Permite realizar consultas e cruzamento de dados referentes a todas as compras governamentais federais. Brasília: 2019a. Disponível em: <http://paineldecompras.planejamento.gov.br>. Acesso em: 31 mar. 2019.

MINISTÉRIO DA ECONOMIA (ME). **Portal de Compras Governamentais**: pregão eletrônico. Desenvolvido pelo Ministério da Economia. Apresenta perguntas e respostas frequentes sobre o pregão eletrônico. Brasília: 2019b. Disponível em: <https://www.comprasgovernamentais.gov.br/index.php/pregaoeletronico-faq>. Acesso em: 10 mar. 2019.

MONASSA, C. C. S; LEONELLI, A. de O. É interessante para o Brasil aderir ao acordo sobre compras governamentais da OMC?. **Revista de Direito Internacional**, Brasília, v. 10, n. 1, p. 72-84, 2013.

MONTEIRO, G. T. M.; SAVENDRA, M. M. G. **Metodologia da pesquisa jurídica**. 1. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. 57 p. ISBN 978-85-714-7271-8.

MOREIRA, E. B.; GUIMARAES, B. S.; TORGAL, L. Licitação internacional e empresa estrangeira: os cenários brasileiro e europeu. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 269, p. 67-106, maio/ago. 2015.

NADER, Paulo. **Introdução ao estudo do direito**. 36. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. 422 p.

NASCIMENTO, André Jansen do. Contratações públicas no âmbito da OMC: a política legislativa brasileira à luz do direito ao desenvolvimento. **Revista de Direito Internacional**, Brasília, v. 12, n. 2, p. 191-209, 2014.

SARAIVA e Siciliano S/A. **Busca | Saraiva**. Página de busca da Saraiva.com.br. São Paulo: 2019. Disponível em: <http://busca.saraiva.com.br>. Acesso em: 8 jun. 2019.

SCHWIND, Rafael Wallbach. **Licitações Internacionais**: participação de estrangeiros e licitações realizadas com financiamento externo. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017. 320 p. ISBN 978-85-450-0162-1.

STF – Supremo Tribunal Federal. **Pesquisa de Jurisprudência :: STF - Supremo Tribunal Federal**. Página de pesquisa de jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Brasília: 2019. Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia>. Acesso em: 8 jun. 2019.

STJ – Superior Tribunal de Justiça. **STJ - Jurisprudência do STJ**. Página de pesquisa na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. Brasília: 2019. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON>. Acesso em: 8 jun. 2019.

TCU – Tribunal de Contas da União. **Pesquisa textual | Tribunal de Contas da União**. Pesquisa nos Acórdãos do Tribunal de Contas da União. Brasília: 2019. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/pesquisa/acordao-completo>. Acesso em: 8 jun. 2019.

TRF-1 – Tribunal Regional Federal da 1ª Região. **Jurisprudência TRF1**. Página de pesquisa na jurisprudência do TRF-1. Brasília: 2019. Disponível em: <https://www2.cjf.jus.br/jurisprudencia/trf1/>. Acesso em: 8 jun. 2019.

WTO. **The GPA in Brief**. Geneva: 2019a. Disponível em: <https://e-gpa.wto.org/en/GPAInBrief>. Acesso em: 12 jun. 2019.

WTO. World Trade Organization. **WTO | Government procurement - The plurilateral Agreement on Government Procurement (GPA)**. O Acordo sobre Compras Governamentais (GPA) consiste de 20 partícipes que cobrem 48 membros da OMC (contando a União Europeia e seus 28 Estados membros, todos os quais são cobertos pelo Acordo, como sendo uma parte). Outros 32 membros / observadores da OMC e 4 organizações internacionais participam do Comitê do GPA como observadores. 9 desses membros com status de observador estão em processo de adesão ao Acordo. Geneva: 2019b. Disponível em: https://www.wto.org/english/tratop_e/gproc_e/memobs_e.htm. Acesso em: 12 jun. 2019.